

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales | UNL

Alumna: Marcela Davite

**La prescripción en causas de abuso sexual en las personas menores de edad
y la categoría de grave violación a los derechos humanos.
Un análisis a partir de la jurisprudencia de Entre Ríos**

Maestría en argumentación jurídica

Ciudad de Santa Fe

2017 - 2019

Índice

Abreviaturas	4
I. Presentación	5
I.1. Planteamiento del problema: estado de la cuestión y situación problemática	5
I.2. Marco teórico de la investigación	5
I.2.1. Normativo. Nacional e internacional	6
I.2.2. Jurisprudencia	6
I.2.3. Doctrina	6
I.3. Hipótesis	7
I.4. Objetivos generales	7
I.5. Objetivos específicos	7
I.6. Metodología	8
II. La prescripción en causas de abuso sexual en las personas menores de edad y la categoría de grave violación a los derechos humanos	9
II.1. Introducción	9
II.2. El caso “Barrientos”	10
II.2.1. Hechos, antecedentes y resolución	10
II.2.2. Adentrándonos en el fallo	11
II.2.3. El voto del Dr. Carubia	12
II.2.4. El voto de la Dra. Mizawak	16
II.2.5. El voto de la Dra. Schumacherv.	17
II.3. Los precedentes citados y los no citados en el fallo “Barrientos”	19
II.3.1. El caso “Ríos”	19
II.3.2. El caso “Ilarraz”	23
II.3.3. El caso “Rivas”	24
II.3.4. El caso “Funes”	28
II.4. Consideraciones generales sobre el caso “Barrientos” y breve repaso de los conceptos fundamentales ...	31
II.4.1. Fundamento de la prescripción	32
II.4.2. Alcance y contenido del principio de legalidad. Aplicación retroactiva de la ley penal.	34
II.4.3. Control de convencionalidad y Principio del interés superior del niño	41
II.4.4. La prescripción como expectativa garantizada para obtener la impunidad	47
II.4.5. Derecho a la tutela judicial efectiva y principio de igualdad ante la ley	49
II.5. Criterios para diferenciar las graves violaciones a los derechos humanos de los delitos comunes	52
II.5.1. El fallo “Bulacio”	54
II.5.2. El fallo “Bueno Alves”	58
II.5.3. Los hechos tipificados en las Convenciones como criterios orientadores de la decisión.	59
II.6. Los juicios por la verdad	63
II.6.1. Una breve digresión	63
II.6.2. Improcedencia del juicio por la verdad en el caso “Barrientos”	65
III. Conclusión	69
Índice bibliográfico	71

Abreviaturas

<i>BO</i>	Boletín Oficial
<i>CSJN</i>	Corte Suprema de Justicia de la Nación
<i>STJER</i>	Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos
<i>CDN</i>	Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes
<i>CADH</i>	Convención Americana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<i>CN</i>	Constitución Nacional
<i>CP</i>	Código Penal
<i>NNyA</i>	Niños, Niñas y Adolescentes
<i>PIDESC</i>	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

I. Presentación

I.1. Planteamiento del problema: estado de la cuestión y situación problemática

En la Provincia de Entre Ríos, y también a nivel nacional, el drama de los delitos de abuso sexual que se denuncian después del plazo de la prescripción según las leyes vigentes al momento del hecho viene recibiendo respuestas diferentes y contradictorias, incluso por parte de los mismos organismos que las dictan.

El Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en algunos supuestos y bajo determinadas circunstancias, ha hecho lugar a los planteos de prescripción porque consideró que los hechos denunciados configuraban graves violaciones a los derechos humanos; en otros supuestos, pese a tratarse también de hechos graves y aberrantes, los consideró delitos comunes, y en consecuencia, declaró la prescripción. Estas soluciones diversas afectan caros principios constitucionales como la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica.

Como solución alternativa —pero de medio camino— algunos tribunales a pesar de considerar que los hechos están prescritos habilitan los juicios por la verdad, pese a que, a poco que se profundice en el tema, se advierte que no alcanzan a satisfacer los estándares de protección que exige la normativa internacional en relación a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia.

La cuestión problemática que se identifica para este trabajo puntualmente se centra en la ausencia de criterios claros y objetivos que permitan decidir, en qué caso se está ante una grave violación de derechos humanos, y en consecuencia las reglas internas acerca de la prescripción de la acción penal resultan inoponibles, y en qué casos no.

I.2. Marco teórico de la investigación

El tema de investigación se halla comprendido dentro del siguiente marco teórico:

I.2.1. Normativo. Nacional e internacional

En el orden nacional se destaca el Código Penal con sus distintas redacciones, en especial arts. 67 a 69 y leyes 26.705 del 7 de septiembre de 2011 conocida como “Ley Piazza” y la ley 27.206 del año 2015 conocida como “Ley Kunath”.

En el ámbito internacional se destacan las Convenciones de Derechos Humanos, en especial la Convención Americana de los Derechos Humanos, Convención de los Derechos del Niño, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en Condiciones de Vulnerabilidad, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

I.2.2. Jurisprudencia

Para aproximarme al tema he seleccionado los siguientes fallos:

1. De la Corte IDH. “Barrios Altos vs. Perú”; “Bulacio vs. Argentina”; “Alban Cornejo y otros vs. Ecuador”; “Alves vs. Argentina”; “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”; “Vera Vera y otros vs. Ecuador”; “V. P. R. y otros vs. Nicaragua”.
2. De la CSJN: “Simón, Julio”, *Fallos*, 328:2056 (2005), “Funes, Gustavo Javier y otros”, *Fallos*, 327:3312 (2014).
3. Del STJER: “Barrientos”, “Ilarraz”, “Ríos”, “Rivas”, “Mónaco”.

I.2.3. Doctrina

Para realizar esta investigación me he basado, en principio, en tratados de derecho penal que tratan la prescripción de la acción penal, para lo cual remito a la bibliografía citada. También he acudido a prestigiosos constitucionalistas para repensar los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica.

Más allá de las citas concretas o menciones puntuales a determinados autores, el material de la Maestría de Argumentación Jurídica ilumina cada uno de los puntos tratados en el presente trabajo como asimismo los textos de los profesores Vigo, Atienza, Alexy y Dworkin.

I.3. Hipótesis

I.3.1. Los abusos sexuales cometidos en perjuicio de personas menores de edad configuran graves violaciones a los derechos humanos, y por lo tanto, resultan inoponibles las reglas internas de la prescripción y los casos denunciados deben investigarse, juzgarse y, si se dan las condiciones, castigarse.

I.3.2. En la conjunción entre la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención de los Derechos Humanos, más una correcta interpretación de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular de “Bulacio”, “Bueno Alves”, “Vera Vera” y “Barrios Altos”, se extraen criterios objetivos para determinar cuándo un hecho de abuso sexual contra una persona menor de edad configura una grave violación a los derechos humanos.

I.4. Objetivos generales

I.4.1. Demostrar que los abusos sexuales cometidos contra personas menores de edad configuran graves violaciones a los derechos humanos.

I.4.2. Demostrar que de los Tratados de Derechos Humanos y de los fallos de la Corte Interamericana es posible obtener criterios objetivos para determinar cuándo un abuso sexual configura una grave violación a los derechos humanos.

I.5. Objetivos específicos

I.5.1. Relevar conceptos básicos como: fundamentos de la prescripción, principio de legalidad y retroactividad de la ley penal, principio de igualdad y tutela judicial efectiva.

I.5.2. Destacar la normativa internacional vinculante para la Argentina.

I.5.3. Analizar los fallos de la Provincia de Entre Ríos, de la CSJN y de la Corte IDH.

I.5.4. Señalar el mal uso de la jurisprudencia de la Corte IDH por parte de los Tribunales.

I.5.5. Distinguir las categorías: delitos de lesa humanidad, graves violación a los derechos humanos, delitos comunes.

I.5.6. Relevar los conceptos de control de convencionalidad, principio de legalidad y su tensión con el principio del interés superior del niño.

I.5.7. Establecer, a partir de los Tratados de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH, criterios orientadores para distinguir las graves violaciones a los derechos humanos, de los delitos comunes.

I.5.8. Problematizar el instituto de los “juicios por la verdad”, en los casos de abuso sexual a personas menores de edad, a la luz de los estándares internacionales de protección de los derechos de las víctimas —tutela judicial efectiva y acceso a la justicia—.

I.6. Metodología

El método empleado es el lógico-jurídico, en razón de que se efectúa un análisis desde una visión que vincula las normas legales, la jurisprudencia y la doctrina.

Además, se trata de un método científico de tinte cualitativo, en razón de que se arriba a conclusiones y se las desarrolla, sin tener por fin principal mostrar valores numéricos.

II. La prescripción en causas de abuso sexual en las personas menores de edad y la categoría de grave violación a los derechos humanos

II. 1. Introducción

Desde mi experiencia profesional como vocal de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Entre Ríos observo que el drama de los delitos de abuso sexual que se denuncian después del plazo de la prescripción según las leyes vigentes al momento del hecho viene recibiendo respuestas diferentes y contradictorias incluso por los mismos organismos que las dictan. Estas soluciones diversas afectan caros principios constitucionales como son la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica.

El punto de discusión tiene que ver con la prescripción de la acción penal. El STJER, en algunos supuestos, y bajo determinadas circunstancias, ha hecho lugar a los planteos de prescripción al considerar los hechos como graves violaciones a los derechos humanos. En otros supuestos, los ha considerado delitos comunes, y en consecuencia, declaró la prescripción.

En la provincia de Entre Ríos recientemente se dictó el fallo “Barrientos”. El caso se presenta como una pieza útil para este trabajo porque refleja en toda su extensión la situación problemática que pretendo abordar. Como se verá, cada vocal expresa en la solución que propone su postura frente al derecho. Lo que también será materia de análisis.

Además, el fallo contiene una reseña de otros casos, lo que facilitará revisar los precedentes que permiten comprender cómo se fueron afianzando las distintas posturas respecto a lo que entiendo como un problema en la provincia de Entre Ríos, y también a nivel nacional.

A tal fin, la primera parte del trabajo se centrará en relevar los argumentos en los que se sustentan las posiciones adoptadas en cada uno de los votos del fallo “Barrientos”, luego se hará una referencia a los precedentes citados y no citados en el fallo bajo estudio, lo que permitirá una visión completa de las posturas adoptadas en la jurisprudencia de la provincia. A continuación se hará una referencia al fallo “Funes”, y más adelante, en una segunda parte, se señalarán los equívocos derivados de su errónea interpretación. Seguidamente, se realizarán consideraciones acerca de la jurisprudencia apuntada, indicando los motivos de discrepancia, a la par de un breve repaso sobre los conceptos fundamentales para la temática, como el control de convencionalidad, el principio de legalidad y su tensión con el principio del interés superior del niño. En la segunda parte, se diferenciarán las categorías de delitos de lesa humanidad, graves vio-

laciones a los derechos humanos, y delitos comunes; se volverá sobre el caso “Funes” y los cuatro fallos relevantes de la Corte IDH que allí se citan, de donde se intentará inferir criterios para diferenciar las dos últimas categorías.

Por último, se problematiza el instituto de “juicio por la verdad” en función de su vinculación con los estándares de protección a las víctimas, a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia.

Para la elaboración de este trabajo me ha resultado de gran utilidad e inspiración el artículo de Maximiliano F. J. Datsira Evers, titulado “Actualidad en materia de prescripción en causas de abuso sexual en menores y los juicios por la verdad. A raíz del reciente fallo ‘E. E. C.’”, publicado en la revista DPyC, n° 7, de agosto de 2022. También he acudido a las producciones escritas en las sentencias y en especial a las reflexiones que venimos haciendo con mis entrañables colegas —Dra. Marcela Badano y Psicóloga Luciana Sarmiento—, con la primera, en las causas en las que hemos resuelto situaciones similares a las que se trataron en “Barrientos”, y con la segunda, en las largas conversaciones transdisciplinarias que mantenemos sobre este tema.

Este análisis se realizará al trasluz de las herramientas conceptuales que hemos adquirido a lo largo de la maestría, entre otras, el paso del modelo de Estado legal al modelo de Derecho constitucional y democrático; la influencia de conceptos como principios, derechos humanos, ponderación, argumentación y verdad fáctica; el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la ruptura de los viejos paradigmas anteriores a Núremberg.

Todo esto en el afán de reconocer -y también de promover- que el servicio del jurista no sólo se preste a través de la “interpretación de la ley”, sino razonando de manera lógica y persuasiva, de manera racional, al decir del profesor Rodolfo Vigo, en el esfuerzo por encontrar la mejor respuesta jurídica en el Derecho vigente.

II.2. El caso “Barrientos”¹

II.2.1. Hechos, antecedentes y resolución

Los hechos atribuidos a Barrientos fueron los siguientes: La Sala Penal intervino a raíz del Recurso Extraordinario presentado por el Defensor Oficial del imputado a efectos de que se

¹ “Barrientos, Victoriano Julio - Abuso sexual con acceso carnal - Recurso de casación - Apelación denegada - Inconstitucionalidad - Prescripción s/Impugnación extraordinaria”, expte. n° 5229.

dejara sin efecto lo resuelto por la Cámara de Casación, Sala II, que revocó el sobreseimiento por prescripción dictado por el Juez de Garantía, y confirmado por el Tribunal de Juicio.

A Barrientos se le había atribuido el siguiente hecho: *“Que en el año 1976 cuando A. I. B. tenía entre 6 o 7 años, su padre, V.J. B., estando en la casa familiar, donde vivían sita en paraje El Gato, Colonia Federal le dijo a A. que lo acompañe a buscar leña, fueron a caballo, cuando ingresaron al monte, B. la hizo bajar a A. del caballo y le dijo ‘quedate quieta, no digas nada porque le voy a pegar más a tu madre y a vos y tus hermanos’, ‘sacate la ropa’, A., comenzó a sacarse la parte de arriba de su ropa, y su padre le ordenó: ‘no, solo sacate lo de abajo’, ella obedeció y su padre la tiró al piso boca arriba y la penetró con su pene por la vagina sujetándole ambas manos. Cuando terminó le dijo ‘vestite, nos vamos’ y ‘no digas nada’. Cuando ya estaba en la casa fue al baño y tenía manchada la bombacha con sangre, se lavó y se acostó, nunca dijo nada por temor. Los abusos de B. respecto de A. se prolongaron durante años. B. era muy violento y la golpeaba muchísimo por lo que A. le tenía terror, la amenazaba con golpear más y más a su madre y a sus hermanos y a ella misma si contaba de estos abusos. La hacía dormir en el suelo sobre unos cueros, incluso cuando A. ya trabajaba y se había comprado su cama y su colchón, B. igual la obligaba a dormir en el suelo. B. les aplicaba severos castigos corporales tanto a A. como a su madre, L. R. O., a quien B. V. golpeaba con frecuencia y la encerraba, L. era una mujer muy reservada y sometida a J. V. B., quien se alcoholizaba a menudo. En otra oportunidad, no pudiendo precisar fecha exacta pero cuando ya vivían en la casa de sus abuelos paternos en calle Anderson y Urquiza de Federal, en la parte de atrás en un galpón de techo de paja y una sola pieza, y un día A. quedó sola con su padre, él estaba en la pieza y ella entró a buscar algo, él la agarró de los brazos y la tiró en la cama, le tapó la boca, le sacó la ropa, solo lo de abajo y volvió a penetrarla con su pene por la vagina. Y después le dijo que no diga nada. Estas situaciones de abuso se dieron hasta el año 1988, cuando A. tenía 19 años”.*

Las conductas fueron encuadradas en la figura legal de Abuso Sexual Agravado reiterado y Corrupción de Menores, en concurso ideal, en un contexto de violencia de género —arts. 119, párrs. 3º y 4º, inc. b, y 125 del CP y ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres—.

Los hechos ocurrieron entre los años 1976 y 1988 y la denuncia se radicó en el año 2018, es decir 30 años después de su finalización.

II.2.2. Adentrándonos en el fallo

En lo que respecta a la sentencia debe destacarse que resultan interesantes las tres miradas distintas sobre el mismo problema. Las apreciaciones del Dr. Carubia y de la Dra. Mizawak

son breves, pero los precedentes a los que se refieren abordan los conceptos jurídicos y por eso resulta de interés revisarlos; allí puede verse de qué manera con las diferentes integraciones e interpretaciones de los hechos, el STJER fue brindando distintas soluciones, porque como lo señalaré más adelante, en los precedentes que citan ambos vocales se declaró la prescripción de la acción penal, pero en otros, se resolvió lo contrario. El tercer voto de la Dra. Schumacher no se expide sobre la prescripción, pero introduce como novedad que se realice un juicio por la verdad.

Los votos muestran las distintas concepciones del Derecho de cada uno de los vocales. Así podrá apreciarse en el primer voto un fuerte apego al formalismo, que en lo que aquí interesa, se traduce en una simplificación de las operaciones de aplicación e interpretación del Derecho, con un predominio de la idea de seguridad jurídica como valor esencial. En efecto, en su análisis el vocal prescinde de las circunstancias particulares del caso, que no figuran en la regla abstracta preestablecida. Su voto se presenta sencillo y claro. Si se tienen en cuenta los precedentes a los que alude, también puede observarse que la decisión es previsible. Y evidentemente no requirió una labor deliberativa, y no vislumbra siquiera la posibilidad de estar ante un caso de penumbra, un caso difícil, sino que lo trata como un caso más. La motivación de la decisión aparece en términos deductivos propios del silogismo judicial. Como es de esperar, la principal fuente es el *CP*².

En los restantes votos también se acude a fuentes formales —el *CP* y las leyes internacionales—, pero no se desatienden los principios y la interpretación, en ambos casos la decisión se sostiene en la ponderación. Ambas magistradas utilizan un concepto amplio de fuentes del derecho, al estilo de la propuesta de Alexy³, mediante el cual llegan a la solución, que según entienden las magistradas, mejor condice con los derechos humanos.

II.2.3. El voto del Dr. Carubia

En el primer voto, el Dr. Carubia sostuvo que “desde el tiempo de comisión de los hechos hasta el momento de la denuncia, ya había transcurrido con creces el plazo máximo de 12 años previsto en la ley para que opere la prescripción de la acción penal que se ha intentado

² Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2010, pág. 24.

³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pág. 23.

ejercer (cfme.: arts. 59, inc. 3º; 62, inc. 2º, y 63, párr. 1º, *CP*) sin que se verifique la existencia de ningún acto interruptivo, resultando inaplicables retroactivamente en virtud de la época en que se habrían perpetrado los hechos (cfme.: arts. 18, *CN* y 2º, *CP*), el dispositivo del 2º párrafo del art. 63 del *CP* incorporado por ley 26.705 (*BO*, 5/10/11) y las modificaciones introducidas al art. 67 del *CP* por las leyes 25.188 —art. 29— (*BO*, 1/11/99), 25.990 (*BO*, 11/1/05) y 27.206 (*BO*, 10/11/15), razón por la cual sólo podría suspenderse la prescripción en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales que deban ser resueltas en otro juicio o en los casos de delitos de cohecho, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y prevaricato (caps. 6, 7, 8, 9, 9 bis y 10, Tít. 11, Libro Segundo, *CP*), mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentre desempeñando un cargo público, e interrumpirse por la comisión de otro delito o por la controvertida causa de la secuela del juicio (cfme.: art. 67, *CP*, vigente en la época de los hechos de la causa), tratándose la prescripción de la acción penal, además, de un instituto de orden público, declarable de oficio, por cualquier tribunal, en cualquier estado de la causa (cfme.: CSJN, *Fallos*, 321:2002”).

Destacó que no se constataba ninguna de las causas legales de suspensión, ni de interrupción de la prescripción; y, que respecto de la “secuela del juicio” conforme a la redacción del art. 67 del *CP* vigente al momento de los hechos, ese Tribunal se había pronunciado en la causa “Cardozo, Pantaleón” —sentenciada en fecha 5/10/89— en el sentido de que el primer acto procesal con entidad interruptiva del curso de la prescripción de la acción penal era la citación a juicio (art. 360, Cód. Proc. Penal, ley 4843 y art. 406, Cód. Proc. Penal, ley 9754 y modif.) que en el caso no se había producido.

A continuación, comparó el caso bajo estudio con otros precedentes, y concluyó que a los fines del análisis de la vigencia o prescripción de la acción penal resultaba similar a “Eckell, Gustavo Rafael s/Abuso sexual simple agravado por la condición de guardador en concurso real con corrupción de menores s/Impugnación extraordinaria” (expte. n° 4786, 27/8/19), “Ríos, Carlos Antonio s/Abuso sexual gravemente ultrajante agravado en concurso real s/Impugnación extraordinaria” (expte. n° 4758, 23/4/18) y “H. S. M. L. Abuso sexual con acceso carnal agravado s/Su denuncia” (expte. n° 5209, 28/9/22).

En efecto, en todos esos precedentes se estableció como criterio que la prescripción es un instituto de orden público, que debe declararse de oficio. En esos mismos fallos se dijo que

la prescripción representa un límite temporal al poder estatal y que transcurrido cierto lapso sin que concurren las circunstancias interruptivas previstas en la ley, el Estado abdica el ejercicio de su potestad punitiva.

En apoyo de su postura el vocal citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde se reafirma que el instituto de la prescripción es de orden público, que en materia penal opera de pleno derecho, que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo, como así también sobre el derecho de los imputados a liberarse del estado de sospecha que conlleva todo enjuiciamiento penal (*Fallos*, 186:289; 207:86; 272:188; 275:241; 297:215; 300:1102; 301:339; 311:1029 y 2205; 312:1351; 313:1224; 3:300; 323:1785, entre otros).

Agregó que todos estos aspectos respetan la garantía del debido proceso, y el principio de legalidad que asegura el art. 18 de la *CN*. También, la vigencia de los arts. 59, inc. 3º; 62, inc. 2º, y 67 del *CP*, máxime cuando se trata de normas de derecho interno cuya aplicación, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no merece reparos (cfme.: dictamen de la Procuración General de la Nación, 3/2/14, Cap. VIII, *in re*: “Funes”; S.C. F 294; L.XLVII).

Especial atención debe prestarse a la cita del dictamen del Procurador en la causa “Funes”, porque como se verá más adelante, viene siendo utilizada por los tribunales sin atender a la diferencia básica del hecho al cual se refiere.

A juicio del vocal, al ser el instituto de la prescripción de orden público y hundir sus raíces en el principio constitucional de legalidad previsto en el art. 18 de la *CN* que, en materia penal, se asienta en dos pilares esenciales: la irretroactividad de la ley y la prohibición de la analogía, no puede ser “interpretado” de otro modo, y no es posible relativizar su vigencia para convertirlo pretorianamente en una mera regla cuya aplicación dependa del discrecional arbitrio judicial para su discernimiento en cada caso, haciendo caso omiso de la específica normativa constitucional y legal vigente sobre el asunto.

Después de citar doctrina que apoya su postura, el vocal destacó que no es posible ignorar que, con fuente en el Derecho internacional, se ha introducido el sentir del mundo civilizado en orden a la imposibilidad de dejar sin juicio y castigo aquellos crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos y, en general, los crímenes contra la humanidad (cfme.: Recomendación de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa al Comité de Ministros, 28/1/65) cuyas víctimas exceden cualquier frontera y, en esa orientación, se aprobó el

26/11/68, en el seno de la ONU, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad que fue aprobada por ley 24.584 (BO, 29/11/95); en fecha 8/8/03 el Poder Ejecutivo dispuso adherir a ella mediante el Decreto 579/03 y, posteriormente, a través de la sanción de la ley 25.788 (BO, 31/10/03), el Congreso Nacional, en uso de las facultades establecidas por el art. 75, inc. 22, párr. 3º, de la CN, le otorgó jerarquía constitucional, estableciendo en los incs. *a)* y *b)* de su art. I los crímenes de guerra y de lesa humanidad, respectivamente, que quedan alcanzados por los dispositivos de tal instrumento, entre los cuales resulta incontestablemente imposible incluir los hechos que, si bien pueden ser muy graves, no dejan de ser delitos comunes, no asimilables a las figuras descriptas más arriba.

Este punto también merece una especial atención, en tanto el vocal distingue sólo dos categorías de delitos en el orden internacional: los delitos de lesa humanidad, imprescriptibles conforme la normativa nacional e internacional, y los delitos comunes. No haciendo ninguna mención a la categoría de graves violaciones a los derechos humanos, a la que se viene refiriendo la Corte Interamericana en varios y relevantes precedentes.

A continuación se refirió a los distintos fundamentos de la prescripción, y a la importancia de que la persecución penal no sea ejercida ilimitadamente y de cualquier manera, destacando especialmente que un derecho procesal penal en el que el solo hecho de la imputación por crímenes atroces bastara para que quien debe enfrentarse a ella lo haga privado de garantías básicas es difícil de justificar en un Estado que pretenda seguir siendo definido como “de Derecho”; que las garantías son límites al poder de los tribunales criminales y, que darles a éstos la atribución de decidir en cada caso cuándo se aplican los límites al ejercicio de sus poderes parece ser una mala idea desde el punto de vista del diseño institucional.

Luego aclara el vocal que la Convención Internacional de los Derechos del Niño —constitucionalizada en el art. 75, inc. 22 de la CN— y la Convención Interamericana de Belém do Pará —aprobada por ley 24.632—, sin bien privilegian el interés superior de los niños y niñas y la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer como principios rectores de sus respectivos cometidos, no introducen la imprescriptibilidad de los delitos cometidos contra ellos, ni sugiere a los Estados parte adoptar medidas de ese tenor. Y, que cuando el legislador nacional decidió incorporar ambas convenciones, modificó el instituto de la prescripción en el Código Penal, dictando las leyes 26.705 (BO, 5/10/11) y 27.206 (BO, 10/11/15), que resultan inaplicables en razón del principio de irretroactividad de la ley penal.

También destacó el vocal que, en el caso, no se constataron impedimentos para hacer la denuncia durante estos treinta años, y que los que había mencionado la acusación: *“eran argumentos meramente dialécticos que carecen en los autos de concretas constancias acreditantes y, transcurrido el tiempo, ya superadas las circunstancias impeditivas que supuestamente pudieran haber existido en la época de los hechos, no es dable encontrar explicación ni razón alguna para que no hayan podido acceder a la justicia antes de transcurrido el plazo de prescripción de la acción penal, lo cual pudo hacer la denunciante con absoluta libertad y garantías y sus denuncias hubieran tenido el adecuado tratamiento que correspondiera imprimirles, no existiendo obstáculo alguno para la investigación y juzgamiento de hechos como los denunciados en estos actuados, en tanto se promuevan las causas respectivas dentro de los plazos legales de vigencia de la acción penal”*.

Antes de finalizar su voto, estimó necesario reflexionar que no puede el juez tornarse permeable al pulso de las emociones, y al natural rechazo que provocan hechos como los denunciados en la presente causa, abriendo una brecha en el consolidado marco normativo que da claridad y certeza a nuestra vida institucional como Estado democrático de Derecho; por los motivos expuestos más arriba descartó toda posibilidad de responsabilidad internacional.

II.2.4. El voto de la Dra. Mizawak

Como ya lo anticipé, la vocal del segundo voto coincidió con la decisión del Dr. Carubia, pero de acuerdo a sus propias consideraciones.

En primer lugar, destacó que “los abusos sufridos patentizan traumáticas consecuencias en las víctimas, en todos los aspectos de su vida, que explican el silencio que muchas veces —como en el presente caso— es guardado a lo largo de tantos años, siendo usual que transcurra un tiempo de elaboración entre la vivencia y la formulación de la denuncia, lo que obedece a múltiples factores entre los cuales puede destacarse el tiempo subjetivo que demanda el poder poner en palabras las situaciones sufridas, lo que sucede generalmente cuando, luego de un doloroso y difícil tránsito por un proceso psicológico madurativo que normalmente insume un largo plazo, les resulta posible contar con recursos internos que permiten narrar los abusos en el ámbito judicial.

Recordó que en la causas “Ríos, Carlos Antonio Abuso sexual gravemente ultrajante agravado en concurso real s/Impugnación extraordinaria” (expte. n° 4758), sent. del 23/4/18, y más recientemente en autos “H. S. L. M. s/Su denuncia - Abuso sexual con acceso carnal agravado s/Impugnación extraordinaria” (expte. n° 5209), sent. del 28/9/22, y “Luna, Alcides

Fernando s/Abuso sexual s/Impugnación extraordinaria” (expte. n° 5207), sent. del 5/10/22, sostuvo que compartía las razones de política criminal que impulsaron la modificación del régimen de prescripción derivadas de los delitos contra la integridad sexual, a través de la ley 26.705 y la ley 27.206, que reconocen que el abuso sexual infantil es vivido por la víctima como un atentado contra su integridad sexual, física y psicológica, que esos hechos vienen acompañados de una imposición de guardar secreto, en razón de la superioridad del autor, que dificulta que se realicen las denuncias.

Sin embargo, agrega que ese escenario social y jurídico no conduce a dejar de lado el régimen de prescripción, en tanto la ley 27.206 del año 2015, e incluso la anterior ley 26.705, del año 2011, son más gravosas que la que estaba vigente al momento de los hechos, que no contemplaba ninguna causal de suspensión o interrupción del curso prescriptivo vinculada específicamente a los delitos contra la integridad sexual.

II.2.5. El voto de la Dra. Schumacher

La vocal del tercer voto, en función de las opiniones concordantes, no emitió opinión acerca de la prescripción de la acción penal, pero realizó una consideración en relación al tema.

Así, sostuvo que en estos casos, desde una perspectiva de género e interpretando el supuesto en atención a la redefinición de que en los graves delitos de abusos sexuales en contextos de violencia de género intrafamiliar, aunque se declare la prescripción, tal declaración no debería hacerse con anterioridad al dictado de la sentencia que se realice luego de llevar adelante el proceso judicial correspondiente y completo.

A su juicio, los Tratados Internacionales que celebró el Estado Argentino impregnaron todo el Derecho vigente: *“La Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer fue firmada con anterioridad a los hechos que aquí se juzgaron, si bien la misma adquirió jerarquía constitucional con posterioridad a los mismos. Es posterior también la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, así como la vigencia en Argentina de la Convención sobre los Derechos del Niño”*. Y agregó: *“De todas maneras, la cosmovisión del derecho en el mundo occidental a partir de los juicios de Núremberg, ha permitido una nueva forma de mirar los derechos humanos y su relación con el derecho positivo en su sentido más estricto, así como las obligaciones que los Estados asumen de garantizar los mismos”*.

Sobre esa base concluyó que, en casos como éstos, el derecho a ser oído y el acceso a la justicia, derivados del debido proceso, que están consagrados en la Constitución Argentina desde

1853, y la Convención Americana de Derechos Humanos que se aprobó en la Argentina en marzo de 1984 que se explaya sobre tal asunto en el art. 8º y le da contenido a este debido proceso, impactan directamente en la regulación del proceso penal, sin que exista un conflicto de principios con la legalidad.

Agregó que todas las personas, por formar parte de una comunidad, podemos ser investigadas y sometidas a un proceso, y que esa posibilidad genérica y su realización, como regla, no acarrea un perjuicio o sacrificio especial, ni conlleva, por ello, un deber de reparar de parte de las autoridades, salvo excepcionales circunstancias.

Así, afirmó que someter al imputado a un proceso completo no podría ocasionar un perjuicio, y que *“la realización del proceso es, en sí misma, un acto reparatorio si quien alega haber sido víctima de estos aberrantes delitos decide llevarlo adelante”*.

Más adelante señaló que el nacimiento del Estado moderno implicó que los ciudadanos delegaran en este Estado la facultad de coacción en materia de delitos y resolución de conflictos, evitándose la justicia por propia mano. Esta realización del proceso no contradice las garantías de quienes sean imputados o imputadas, justamente, porque ese sometimiento es parte de los deberes que la ciudadanía tiene como integrante de la comunidad jurídicamente organizada.

En apoyo a su postura, citó el fallo de la Sala 3 del Tribunal de Casación Penal de la Plata, en la causa nº 110.332, caratulada “Romero, Manuel s/Recurso de Casación interpuesto por la particular damnificada”, voto del vocal Violini, con adhesión del vocal Carral, y disidencia de Borinsky, con cita del precedente de la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, causa CCC 38644/2015/CNC1, caratulada “Funicelli, Norberto s/Violación de menor de 12 años”, Registro 1643/2018, resuelta el 18/12/18. En esta causa, además, se puso especial atención a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Funes” (causa F. 294.XLVII, rta. 14/10/14).

Citando el voto del Dr. Violini, sostuvo que por un carril temporal normativo circula la extinción de la pena por prescripción, y por otro, circula el acceso a la justicia, en tanto este último puede ser analizado con las normas vigentes al momento de la interposición de la denuncia, ya que el ejercicio de este derecho sí queda comprendido en la vigencia del Derecho convencional actual, en especial, las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Situación de Vulnerabilidad”. *“Una solución que armonice los derechos de ambas partes supone ratificar que no es posible derogar la prescripción o hacer caso omiso de la verificada en autos, y ello garantiza al imputado que no será penado porque la acción se encuentra extinguida; por otro lado,*

aunque no pueda perseguir la imposición de una pena, se debe garantizar a la víctima su acceso a la justicia a efectos de poder determinar la veracidad —o no— de su imputación, obteniendo de este modo una reparación moral y pública. Evidentemente, implementar una solución de tal naturaleza importa que ninguno de los derechos involucrados quede completamente satisfecho, claro, porque el imputado se verá sometido a proceso y, para el caso de ser hallado culpable, la damnificada no podrá ejercer plenamente la acción penal, mediante la imposición de una sanción. Pero en este juego de derechos, la equidad impone otorgar a la víctima el acceso a la justicia que siempre le fue negado, y obtener, aunque más no sea, un pronunciamiento que defina la cuestión”.

Sobre la base de estas apreciaciones la vocal se abstuvo de votar sobre el asunto principal pero dejó a salvo su opinión acerca del incorrecto momento procesal en que el juez de garantías decidió la prescripción de la acción, por considerar que, más allá de la posición final que se adopte, ésta debe ser precedida de un juicio completo.

II.3. Los precedentes citados y los no citados en el fallo “Barrientos”

El fallo “Barrientos” resulta interesante por los precedentes que cita y por los que no cita.

Si no se profundiza en ellos se obtendría una visión sesgada de gran cantidad de consideraciones de suma importancia que se han realizado y que han ido cristalizando criterios en relación a esta situación particular de los abusos sexuales a personas menores de edad.

Así, tanto en los precedentes “Ríos”, “Eckell”, “H. M. L.” como en “Marotte”, el STJ resolvió en el mismo sentido que en “Barrientos”. Mientras que en el caso “Ilarraz” y “Rivas” consideró que los hechos configuraban graves violaciones a los derechos humanos.

Para ejemplificar acerca del primer supuesto se utilizará el fallo “Ríos”, porque sus consideraciones son muy similares a las de los precedentes “Eckell”, “Marotte” y “H. M. L.”.

II.3.1. El caso “Ríos”⁴

En “Ríos”, la vocal del primer voto —Dra. Mizawak— sostuvo lo que había expresado en el precedente “Ilarraz” —sent. del 27/4/15— en el que también se discutió la prescripción de

⁴ “Ríos, Carlos Antonio - Abuso sexual gravemente ultrajante agravado en concurso real s/Impugnación extraordinaria” (expte. n° 4758).

la acción penal y su concreta vinculación con los derechos de quienes denunciaron haber sido víctimas de abuso sexual cuando eran niños, quienes alegaron una grave afectación a sus derechos humanos, basándose en el interés superior del niño y la tutela judicial efectiva.

Los hechos fueron los siguientes: “Hecho n° 1: sin poder establecer fecha exacta pero desde el mes de marzo de 1993 y hasta el 15 de marzo de 1997, en distintas dependencias del domicilio sito en calle San Juan n° 515 de esta ciudad de Concordia, y en la mayoría de las veces en el dormitorio principal del domicilio, por lo menos con una frecuencia de dos veces por semana, C. A. Ríos para satisfacer deseos propios, tocó con sus manos los senos, la vagina y el ano, pasó su lengua por el ano, introdujo su pene en la boca y obligó a que se le succione hasta llegar a eyacular en la boca a la menor C. G., todo ello teniendo la menor seis años al inicio de los hechos y aprovechándose de tenerla bajo su cuidado, pervirtiendo y torciendo el natural instinto sexual de la menor”.

“Hecho n° 2: sin poder establecer fecha exacta pero entre el 16 de mayo de 1991 y hasta el 31 de diciembre de 1996, en distintas dependencias del domicilio sito en calle San Juan n° 515 de esta ciudad de Concordia, y en la mayoría de las veces en el dormitorio principal del domicilio, en reiteradas oportunidades, C. A. Ríos para satisfacer deseos propios, tocó con sus manos los senos, la vagina y el ano y, en una oportunidad le introdujo su pene en la boca y obligó a que se lo succione hasta llegar a eyacular en la boca a la menor M. G., todo ello teniendo la menor seis años de edad al inicio de los hechos y aprovechándose de tenerla bajo su cuidado, pervirtiendo y torciendo el natural instinto sexual de la menor”.

“Hecho n° 3: sin poder establecer la fecha exacta, pero en el mes de diciembre del año 1996, en uno de los dormitorios del domicilio sito en calle San Juan n° 515 de esta ciudad de Concordia, aprovechándose de tenerla bajo su cuidado, C. A. Ríos, penetró con su pene por la vagina a M. G., cuando la víctima tenía once años de edad”.

Al fundar su voto la vocal Mizawak recordó que en la causa “Ilarraz”: “propició la continuación de la investigación penal y el rechazo del planteo de prescripción, teniendo en cuenta las especiales y extraordinarias circunstancias fácticas del caso, en el que se denunció el accionar de un clérigo de la Iglesia Católica, quien presuntamente cometió hechos ilícitos en perjuicio de varios menores que estaban a su cargo, ya que eran pupilos del Seminario Menor de Paraná, establecimiento educativo que dependía de la Iglesia Católica Apostólica Romana, institución que cuenta con un estatus jurídico diferenciado del resto de los credos, según la Constitución Nacional (art. 2°). En el seno de esa institución eclesial se tramitó un sin-

gular proceso, regido por el derecho canónico, que incluyó una imposición de silencio a los jóvenes denunciantes y la no comunicación a sus progenitores. Esa investigación inconclusa constituyó una barrera inexpugnable para los seminaristas presuntamente abusados y obturó la posibilidad de que en aquellos años denuncien lo ocurrido. Esos obstáculos impuestos por la propia Iglesia Católica para lograr el esclarecimiento de los hechos, podrían haber aparejado la vulneración del derecho a la ‘tutela judicial efectiva’, consagrado en el art. 25 de la *CADH*’.

Como puede verse, en relación al tema que aquí interesa, en el caso “Ilarraz” la imposición del silencio, y la consecuente obstrucción de la investigación fue lo que justificó “la obligación del Estado Argentino de investigarlos, ante la posibilidad de estar frente a una grave vulneración a los derechos fundamentales de los denunciantes”.

A continuación, señaló que era necesario determinar si este otro caso —“Ríos”— encuadraba dentro de lo que se denominan “graves violaciones a los derechos humanos”, en los términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las causas: “Niños de la Calle”, sent. del 19/11/99; “Barrios Altos”, sent. del 14/3/01; “Bulacio”, sent. del 18/9/03; “Almonacid Arellano”, sent. del 26/9/06 y “Gutiérrez”, sent. del 25/11/13, entre otros, doctrina jurisprudencial que prioriza el derecho de la víctima, y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables, imponiendo a los Estados el deber de investigar de manera seria, imparcial y efectiva, a fin de evitar la impunidad y repetición de los hechos, declarando inadmisibles, en tales supuestos, las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos.

Destacó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Vera-Vera”, sent. del 19/5/11, señaló que toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza, porque implica el incumplimiento de determinados deberes de respeto y garantía de los derechos y libertades a cargo del Estado a favor de las personas, pero sin embargo, ello no debe confundirse con lo que el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha considerado como “violaciones graves a los derechos humanos”, las cuales tienen una connotación y consecuencias propias, entre las que se destaca la inaplicabilidad del instituto de la prescripción. En el citado precedente, el Tribunal internacional delimitó y circunscribió la improcedencia de la prescripción a los casos que involucran graves violaciones a derechos humanos, mencionando —a título ejemplificativo— la desaparición forzada de personas, la ejecución extrajudicial y la tortura.

Luego sostuvo que a pesar de lo aberrante de los hechos denunciados en ese caso, y más allá del significativo, encomiable y necesario cambio de paradigma que ha implicado la creación de un régimen especial de protección de los derechos de los sectores más vulnerables de la sociedad —mujeres y niños— y la transformación de los ordenamientos jurídicos domésticos como directa consecuencia de ello, esos instrumentos internacionales regulatorios de la tutela diferenciada no vedan el establecimiento de límites temporales al ejercicio de la acusación penal, ni consagran la imprescriptibilidad de algunos delitos. Y que en el caso, no se trató de ofensas sexuales que hayan sido una práctica masiva y sistemática, ni con intervención de representantes del Estado, ni contra personas bajo custodia de funcionarios públicos, que lo sitúe dentro del concepto de graves violaciones a los derechos humanos.

A continuación, realizó el mismo desarrollo que hizo el Dr. Carubia en el fallo “Barrientos”, con la variante que, a los fines de asegurar la tutela judicial efectiva, la extinción de la posibilidad de perseguir y castigar penalmente hechos tipificados por el Derecho interno como delitos, no extingue el deber del Estado de establecer concretas y efectivas medidas de protección para amparar a las víctimas, suministrarles asistencia terapéutica y orientación para su rehabilitación y la posibilidad de obtener un integral resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (arts. 7º y 8º, “Convención de Belém do Pará”).

Antes de finalizar su voto sostuvo que el acceso a la justicia no se vería afectado con esta solución, por cuanto esa obligación —que es de medios y no de resultado— no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado positivo o que la decisión no resulte favorable al peticionario, porque la tutela judicial efectiva no implica que exista un derecho al castigo o a la condena de quien la víctima indica como responsable de la vulneración de sus bienes. Y que en el caso: “las denunciadas tuvieron acceso a la justicia, se les recepcionaron sus denuncias, se decretó la apertura de la causa y se ordenó el diligenciamiento de medidas de pruebas (declaraciones testimoniales; se comisionó al psiquiatra y al psicólogo del equipo técnico del Juzgado de Familia, Civil y Penal de Menores, la realización de un examen a las denunciadas y se citó al imputado a fin de que preste declaración) y se llegó hasta la remisión de la causa a juicio, evidenciando esas constancias procesales que las denunciadas no sólo fueron escuchadas sino que el Poder Judicial entrerriano actuó diligentemente a partir de la denuncia”.

El Dr. Carubia compartió la solución de la Dra. Mizawak pero por sus propias consideraciones, que fueron muy similares a las del fallo “Barrientos”. El vocal del Tercer voto, Dr. Giorgio, coincidió con el Dr. Carubia.

Ríos fue sobreseído por prescripción, la fiscalía planteó recurso extraordinario, y el caso se encuentra actualmente en la CSJN.

II.3.2. El caso “Ilarraz”⁵

En mayo de 2018, la Cámara de Casación de Entre Ríos condenó a Ilarraz a 25 años de prisión como autor responsable de los delitos de promoción a la corrupción de menores agravada por ser el encargado de la educación —cinco hechos— y abuso deshonesto agravado por ser el encargado de la educación —dos hechos— en concurso real.

Según surge de la sentencia, los hechos fueron producto de una conducta reiterada a lo largo del tiempo con matices similares, pacientemente desarrollada para lograr su cometido: abusar de los menores a su cargo, para satisfacer sus deseos e instintos sexuales. El contexto que facilitó los hechos estuvo configurado por la estructura y educación que se impartía en el seminario de Paraná, la posición jerárquica que allí ocupaba y la indiferencia de sus pares y superiores.

Antes de la sentencia condenatoria, la causa recorrió un largo derrotero por las distintas instancias a raíz de los planteos de prescripción presentados por la defensa. Finalmente, las instancias superiores consideraron que en función de las características de los hechos, se trató de delitos que suponen una grave afectación a los derechos humanos de las personas menores de edad.

Se tuvo especialmente en cuenta que el autor era miembro de una organización de poder, de la que se aprovechó para cometer los delitos y también para asegurar su impunidad. También se consideró que hubo una afectación a la tutela judicial efectiva porque, antes del plazo de la prescripción, las víctimas denunciaron los hechos a la autoridad eclesiástica, y en el marco de un juicio diocesano, se les hizo jurar bajo amenaza de excomunión que no comunicarían a ninguna persona los hechos de los que fueron víctimas. Es decir, que las víctimas fueron silenciadas y los hechos ocultados por las mismas autoridades del clero.

⁵ “I.,J.J. - Promoción a la corrupción de menores agravada por ser encargado de la educación y abuso deshonesto agravado por ser encargado de la educación s/Impugnación extraordinaria”, n° 4891.

II.3.3. El caso “Rivas”⁶

Este caso, de gran trascendencia en la provincia de Entre Ríos, llegó al STJ por dos motivos de agravio. El primero tiene que ver con la revocación —por parte de la Sala II de la Cámara de Casación Penal (por mayoría)— de las absoluciones que fueron dictadas por el Tribunal de Juicio, en base a la declaración de extinción de la acción penal por prescripción respecto de los hechos cometidos contra siete personas que según sus denuncias fueron atacadas sexualmente por parte del imputado cuando eran menores de edad y durante la vigencia de las derogadas reglas de la prescripción de la acción penal. El segundo, con la arbitrariedad de la condena en relación al resto de los hechos por los que fue acusado. En función de lo que aquí interesa, sólo nos detendremos en el primer motivo.

En todos esos casos Rivas fue acusado de haber promovido la corrupción y la prostitución de un menor de edad, y los hechos habían ocurrido entre los años 1993 a 1998.

El primer voto a cargo del Dr. Carubia, sobre la base de su postura en los precedentes —“Ilarraz”, “Ríos” y “Moya”— ya mencionados —afectación al principio de legalidad, irretroactividad de la ley penal más gravosa, interrupción del curso de la prescripción— resolvió que estos hechos se encontraban prescriptos.

La Dra. Mizawak, a cargo del segundo voto, introdujo una interesante perspectiva de análisis al expresar su disidencia parcial con la solución propiciada por el Dr. Carubia.

En primer lugar, examinó si de acuerdo a las calificaciones legales, los hechos resultaban alcanzados por los plazos de prescripción fijados en los arts. 62, inc. 2º y 67 del *CP*—vigente al momento de los hechos intimados—, o si, por el contrario, tal como lo había resuelto la Sala II de la Cámara de Casación, la mencionada norma resultaba inaplicable en virtud de la preeminencia del interés superior del niño y del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas.

Luego, se remitió a lo que sostuvo en el precedente “Ilarraz” (sent. del 27/4/15) y “Moya” (sent. del 27/8/21), en los que se debatió una cuestión similar, y en los que había opinado que la prescripción de la acción penal —ligada al principio de legalidad, de irretroactividad y de prohibición de analogía— es una cuestión de orden público y es un límite temporal al poder estatal que implica que, una vez transcurrido cierto lapso sin que concurran las cir-

⁶ “Rivas, Gustavo - Promoción a la corrupción de un menor, promoción a la prostitución de un menor de 18 años de edad reiterada S/Impugnación extraordinaria”, expte. 5178.

cunstancias interruptivas previstas en la ley, el Estado resigna el ejercicio de su potestad punitiva.

También agregó que, sin perjuicio de ello, a partir de la reforma constitucional de 1994, a través del art. 75, inc. 22 de la *CN*, el “bloque de constitucionalidad” se amplió y ahora se completa con los derechos plasmados en los instrumentos supranacionales suscriptos por el Estado Argentino, lo que tuvo implicaciones sustanciales en la labor judicial, y determinó la obligación de todos los magistrados de realizar el análisis de constitucionalidad y el control de convencionalidad frente a cada controversia sometida a su decisión.

Recordó que este examen de concordancia ha sido exigido a los Estados partes por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Almonacid Arellano vs. Chile” (sent. del 26/9/06) y “Gelman vs. Uruguay” (sent. del 24/2/11).

Agregó que a su modo de ver: *“el Derecho internacional de los derechos humanos impacta en el Derecho interno y resignifica el contenido y alcance de los principios liberales del Derecho penal (entre los que se encuentra el de legalidad) y de los institutos que derivan de ellos, tal como la prescripción de la acción penal, que ahora deben tamizarse y armonizarse con los derechos humanos positivizados a través de Tratados y Convenciones internacionales y regionales, que obligan al Estado Argentino frente a la Comunidad Internacional. En pocas palabras: el principio de legalidad no está exento de limitaciones provenientes de la aplicación del ius cogens y del Derecho internacional de los derechos humanos”*.

Como criterio hermenéutico en el que apoyarse, acudió al principio *pro homine*, en virtud del cual debe estarse siempre a favor de la persona que el marco normativo protege, e implica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida para establecer límites a su ejercicio, tal como surge del art. 29 de la *CADH*.

También invocó el derecho de acceso a la justicia de las víctimas, haciendo hincapié en el fallo de la Corte IDH en el caso “Bulacio vs. Argentina” (sent. del 18/9/03) en el que precisó que: “los Estados parte de la Convención Americana tienen el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a los autores y a quienes encubren dichas violaciones. Y toda persona que se considere víctima de éstas o sus familiares tienen derecho a acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, ese deber del Estado”.

A continuación, la vocal se explaya acerca de las consideraciones de la Dra. Bruzzo (vocal del primer voto de la sentencia impugnada). Luego de reseñar los hechos, se preguntó si era

posible afirmar enfáticamente que las víctimas —niños al momento del hecho— gozaron de satisfactorias condiciones —judiciales, sociales, culturales y psicológicas— para acceder a los tribunales a formular sus denuncias oportunamente, infiriendo que la respuesta era rotundamente negativa en razón de las excepcionalísimas singularidades del caso.

Y, compartiendo la opinión de la Dra. Bruzzo, entendió que no era posible soslayar las degradantes formas ejecutivas a través de las cuales el imputado concretaba los injustos; las edades tempranas de sus destinatarios; la reiteración a lo largo de los años; el contexto situacional: las pruebas colectadas dan cuenta de que existió un número indeterminado de menores que fueron vulnerados en su integración sexual y que los hechos se extendieron a lo largo de varias décadas, en forma ininterrumpida y sistemática.

Coincidió también en que el aprovechamiento de la vulnerabilidad etaria y psicológica de los jóvenes con quienes Rivas mantenía trato sexual tenía mayor magnitud cargosa en los supuestos de aquellos niños que concurrían a su domicilio encontrándose institucionalizados o en paupérrimas condiciones socio-económicas y culturales. Y también compartió que las pruebas demostraron que no se trató de simples y aislados actos de acercamiento de índole sexual, sino de un complejo entramado de conductas repetidas a lo largo de muchísimos años, en los que el imputado se aprovechó de su situación de preeminencia, dedicándose a la docencia y a actividades sociales y culturales de la ciudad, y bajo esa fachada de camaradería atrajo a los adolescentes, que acudían a él en búsqueda de asesoramiento para viajes de egresados, material para las carrozas o cuando no tenían recursos para pagar sus estudios; y aprovechándose de la especial posición de privilegio que le confería la sociedad y del prestigio que ostentaba, sometió a los niños-adolescentes a actos aberrantes y humillantes.

Luego se refirió a los casos en los que la Corte IDH declaró improcedente la prescripción en razón de que sus especialísimas y excepcionales características justificaban mantener vigente el poder punitivo del Estado, siendo la gravedad de tales conductas la razón de la necesidad de su represión, pero no circunscribiendo dicho criterio a su tipificación como delito de lesa humanidad (tales como torturas, ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias o desaparición forzada de personas), entendiendo que en estos supuestos la Corte IDH dejó en manos de los tribunales internos el “juicio de ponderación”, que —a su juicio— deberá hacerse “caso por caso”. En apoyo de su postura citó el caso “Bamaca Velásquez vs. Guatemala”.

Entendió necesario explicar que en el precedente “Ilarraz”, si bien valoró que se denunció el accionar de un clérigo de la Iglesia Católica Apostólica Romana, que cuenta con un estatus

jurídico diferenciado del resto de los credos (cfme. art. 5º de la *CN* que prescribe el sostenimiento del culto católico), lo determinante del caso fue el aprovechamiento por parte del imputado de su condición de preeminencia y su calidad de autoridad como prefecto del Seminario Menor, y por tanto, encargado de la educación de los menores pupilos que estaban a su cargo. A ello se le sumaba que las denuncias que los menores realizaron se tramitaron bajo las normas del Derecho canónico, con un régimen de secreto que significó una imposición de silencio y la no comunicación a sus padres. De manera que los obstáculos impuestos por la Iglesia obturaron la posibilidad de acudir ante la justicia, vulnerando el derecho a la “tutela judicial efectiva”, consagrado en el art. 25 de la *CADH*.

Volviendo al caso, señaló que no era posible soslayar que los hechos atribuidos a Rivas eran graves y aberrantes, que se reiteraron sistemáticamente a lo largo de treinta años, que vulneraron la integridad, sano desarrollo y la libertad sexual de muchísimos adolescentes, en un contexto socio-cultural muy particular donde regía un marcado paradigma machista y en una época donde aún no existía la perspectiva de género para tratar este tipo de sucesos, y que esos puntuales extremos colocaban al caso dentro de lo que se ha denominado “graves violaciones a los derechos humanos” y determinaba que se resuelva según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos: “Niños de la Calle”, sent. del 19/11/99; “Barrios Altos”, sent. del 14/3/01; “Bulacio”, sent. del 18/9/03; “Almonacid Arellano”, sent. del 26/9/06 y “Gutiérrez”, sent. del 25/11/13, entre otros, en los que se priorizó el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables, imponiendo a los Estados el deber de investigar de manera seria, imparcial y efectiva, a fin de evitar la impunidad y repetición de los hechos, declarando inadmisibles, en tales supuestos, las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de Derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables.

De manera asertiva concluyó que: “Las singulares aristas del caso tornan inaplicable el criterio formalista, rigorista, de mera operación aritmética que propone la defensa técnica al reclamar la extinción de la acción penal”, y por ello resolvió que los denunciantes tenían derecho a que se investiguen los hechos, sin que las normas internas acerca de la prescripción de la acción penal lleven a una conclusión diferente.

Antes de finalizar su voto explicó que este caso difería sustancialmente del precedente “Ríos” (sent. del 23/4/18), porque se determinaron una serie de circunstancias excepcionales

que evidencian que las víctimas no tuvieron posibilidad de obtener acceso a una protección judicial ante la afectación de sus derechos por su vulnerabilidad; y que por el contrario, en el caso “Ríos” no se verificaron estos puntuales extremos y más allá del denunciado aberrante ataque sexual sufrido por las víctimas, éstas tuvieron acceso a la justicia, fueron escuchadas y el Poder Judicial entrerriano actuó diligentemente a partir de la denuncia.

El vocal del tercer voto, Dr. Salduna, tras un minucioso análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, en especial de los precedentes “Bulacio” y “Derecho”, adhirió al voto de la Dra. Mizawak.

II.3.4. El caso “Funes”⁷

En los apartados anteriores nos referimos a los fallos citados, y no citados, por la Dra. Mizawak. Resta referirnos al fallo “Funes” al que aludió en su voto la Dra. Schumacher.

Los hechos: según consta en el dictamen del Procurador Casal, el 16 de marzo de 1991, entre las 14 y las 16, el menor Alejandro Víctor Flores, de cinco años de edad, se habría encontrado jugando con otros niños en la plaza que por entonces existía en la calle Carlos Rodríguez al 1400 de la ciudad de Río Cuarto, provincia de Córdoba. Las condiciones climáticas derivaron en una importante tormenta de viento, tierra y lluvia, dispersaron al grupo hacia sus hogares y habrían desorientado al menor que habría corrido por esa calle en dirección al viejo hospital San Antonio de Padua. Al cruzarla en la intersección con Pedro Zanni, habría sido embestido por la patrulla del Comando Radioeléctrico de la Policía de la Provincia de Córdoba que manejaba el entonces oficial de esa fuerza Mario Luis Gaumet, quien por transitar a gran velocidad y sin tomar los recaudos que el clima imponía, no habría podido evitar embestir al niño con la parte frontal del rodado. Al descender del vehículo y con la ayuda de su compañero, el sargento Gustavo Javier Funes, también perteneciente al Comando Radioeléctrico, habrían cargado en el móvil a la víctima, aún con vida, y recurrido a auxiliares de la salud para que le brindaran asistencia, evitando en todo momento que se conociera el accidente. No obstante ello, a raíz del severo traumatismo producido por el impacto, que le generó un shock hipovolémico irreversible, el menor falleció poco tiempo después. Ambos imputados habrían procedido a borrar todo rastro del hecho, a reparar los daños del automóvil y a enterrar el cuerpo para eludir toda investigación en su contra. Diecisiete años más tarde,

⁷ CSJN, “Funes, Gustavo Javier y otros”, *Fallos*, 327:3312 (2014).

el 2 de julio de 2008, los restos óseos de Alejandro Víctor Flores fueron hallados dentro de una alcantarilla ubicada en un terreno baldío en las proximidades de la calle Río Negro 1575, a unos trescientos metros aproximadamente del lugar donde se habría producido el accidente.

Las actuaciones llegaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación ante la interposición del recurso extraordinario de la querrela ante la declaración por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba de la extinción de la acción penal en orden al delito de homicidio culposo o abandono de persona seguido de muerte atribuido a Mario Luis Grumete, al considerar que no resultaba admisible una persecución penal contra los imputados cuando ha cesado el tiempo que el Estado fijó para la persecución de los delitos cometidos. Por su parte, la querrela fundó el recurso en que se había afectado el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en los arts. 8.1 y 25 de la *CADH*, y en la arbitrariedad de la resolución que no justificó el dictado de la prescripción de la acción penal.

Cabe señalar que en este caso, la Corte Suprema hizo propios todos los argumentos del Procurador General de la Nación, Dr. Casal.

Según puede leerse en tal dictamen, el Procurador comienza su análisis destacando que la situación refleja “el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad; su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley”, según la conocida fórmula de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso “Spano vs. New York”, 360 U.S. 315, 1958 (citado en *Fallos*, 303:1938 y 306:1752, considerando 9º del voto del doctor Petracchi).

En el caso, destacó el Procurador, esa tensión se da entre el derecho de la víctima a la justicia y al castigo, con el correlativo deber del Estado de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos, y los derechos fundamentales de la persona que puede recibir una pena criminal, ambos amparados por la Convención Americana (arts. 1º, 2º, 7º, 8º, 9º y 25).

A continuación, se refirió a las consideraciones del fallo “Derecho” (*Fallos*, 330:3074), y a partir de allí extrajo, como primera conclusión, que el hecho investigado en autos no puede configurar un delito de lesa humanidad.

A fin de establecer si, no obstante ello, es posible considerar vigentes las acciones penales emergentes del hecho de autos, recordó que todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, tienen la obligación de ejercer *ex officio* un “control

de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, y que en esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la “Convención Americana” (“Caso Furlan y familiares vs. Argentina”, Serie C, n° 246, sent. del 31/8/12, párr. 303, Y sus citas; “Caso Gelman vs. Uruguay”, Serie C, n° 221, sent. del 24/2/11, párr. 193 y sus citas).

Bajo esas pautas, señaló que *“con posterioridad a la sentencia dictada in re ‘Bulacio vs. Argentina’ —que dio lugar al pronunciamiento de V.E. publicado en Fallos, 327:5668, ya citado— la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el ‘Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador’ (Serie C, n° 171, sent. del 22/11/07). En lo que aquí concierne, entonces juzgó que ‘la prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho internacional”*.

El Procurador descartó la calidad de lesa humanidad de los hechos que ocurrieron en el caso “Funes”, en tanto, a pesar de que sus autores eran policías, no se pudo afirmar que se hubiera tratado de un supuesto que lesione a toda la humanidad, ni se trató de atrocidades cometidas por los gobiernos en contra de grupos civiles bajo su jurisdicción y control, ni que se haya tratado de un hecho producto de un ejercicio despótico y depravado del poder gubernamental, ni se trató de los hechos enumerados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, como lo son el asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, desaparición forzada de personas, entre otras conductas llevadas a cabo como parte de un ataque generalizado y sistemático, dirigido a una población civil, realizado de acuerdo a una política de un Estado o de una organización, o para promover esa política.

Luego, tras reseñar numerosos fallos de la Corte Interamericana, entre ellos, “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”, y “Vera Vera vs. Ecuador”, en los que ésta precisó que “toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza (...) Sin embargo, ello no debe confundirse con lo que el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha considerado como violaciones graves a los derechos humanos, las cuales (...) tienen una con-

notación y consecuencias propias”—en especial tornan inaplicables las reglas de la prescripción de la acción penal—, descartó que el caso pudiera incluirse en tal categoría.

No obstante ello, el Procurador expuso que la extinción de la pretensión penal no implicaba desentenderse de la obligación del Estado de asegurar el derecho de las víctimas —en el caso, los padres del niño fallecido— a la verdad de los hechos, aun cuando las conductas investigadas no sean calificadas como de lesa humanidad. Apoyó su postura en los arts. 8.1 y 25 de la *CADH*, y en el art. 19 de la *CDN*.

Este fallo del caso “Funes” fue citado en la causa “Funicelli” a la que hizo referencia la Dra. Schumacher en su voto. En ese caso, la Cámara de Casación resolvió confirmar la resolución impugnada, y en consecuencia, declaró prescripta la acción penal y sobreseyó a Funicelli, mientras que, por otro lado, habilitó a quienes se presentasen como víctimas en el caso a que puedan acceder en ese proceso a la determinación de la verdad de los hechos que denuncian, instando la producción de las medidas de prueba que estimen pertinentes.

II.4. Consideraciones generales sobre el caso “Barrientos” y breve repaso de los conceptos fundamentales

Los antecedentes citados abordan conceptos fundamentales para la comprensión de este tema, como el control de convencionalidad, el principio de legalidad, la ley penal más benigna, la retroactividad de la ley penal, y el principio del interés superior del niño.

La riqueza de matices que contienen estos conceptos conduce a que cada vocal, según se presente el caso, difiera en cuanto a su comprensión y alcance, lo que denota la complejidad del tema.

Concretamente el Dr. Carubia, sin hacer ninguna distinción en todos los precedentes citados, sostuvo que no existe ninguna Convención que contenga una disposición expresa que obligue a no prescribir determinados delitos; y por lo tanto si así se hiciera se afectarían los derechos del imputado, la legislación vigente, el principio de legalidad y sus derivados, y se trataría de una aplicación retroactiva de la ley penal.

La Dra. Mizawak por su parte, distinguió los casos según se trate de graves violaciones a los derechos humanos o delitos comunes. Sin duda, esto muestra una visión mucho más amplia del Derecho, abreva en distintas fuentes para buscar las respuestas a los casos, que expresa

que la matriz del derecho es el diálogo racional y no sólo la ley. Si bien se advierte un uso de las herramientas de las teorías jurídicas contemporáneas, entendemos que su conclusión no es correcta, y adhiere al primer voto, porque como se verá más adelante, incurre en una interpretación sesgada del caso “Funes” y de los antecedentes de la Corte IDH que allí se citan. Ese yerro reconduce su motivación a las mismas conclusiones del primer voto acerca de la prescripción y el principio de legalidad.

Ante esta situación cabe preguntarse: ¿cuál es el fundamento de la prescripción?, ¿cuál es el alcance y contenido del principio de legalidad? ¿sobre qué normas debe hacerse el debido control de convencionalidad?, ¿cómo debería resolverse la tensión entre el principio de legalidad y el interés superior del niño?, ¿la prescripción puede considerarse una expectativa válida para quien cometió un delito aberrante? Según el principio de igualdad ante la ley, ¿podría tolerarse la coexistencia de dos clases de víctimas, unas con derecho a la tutela judicial efectiva y otras sin tal derecho?

II.4.1. Fundamento de la prescripción

El instituto de la prescripción se encuentra regulado en el art. 59 del *CP* como una de las formas de extinción de la acción penal; en el art. 62 se establecen los plazos para su aplicación, en el art. 63, el momento desde que comienza a computarse el plazo, y en el art. 67, los motivos de suspensión o de su interrupción.

La doctrina ha considerado diferentes fundamentos para la prescripción. Algunos autores encuentran su justificación en razones de política criminal tal como la pérdida del interés social en razón del transcurso del tiempo o en la innecesariedad de la prevención especial ante la ausencia de reiteración de nuevos delitos por parte del infractor. Otros autores la fundamentan en la presunción de abandono de un derecho por parte de quien lo podía ejercitar, es decir, por parte de la persona damnificada; otros, en una autolimitación que se impone el Estado a la potestad de perseguir⁸.

Todas estas razones, que pacíficamente eran compartidas por la doctrina y la jurisprudencia, vienen siendo seriamente cuestionadas de la mano de la perspectiva de género y de infancia,

⁸ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1987, pág. 541. D'Alessio, Andrés, *Código Penal de la Nación, La Ley*, Buenos Aires, 2009, pág. 652. Zaffaroni, Eugenio - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 898.

del rol de la víctima en los procesos penales, y el reconocimiento de sus derechos en los tratados internacionales.

Estos cambios impactaron en la legislación, el instituto tuvo varias modificaciones como producto de estas nuevas corrientes, y de los fallos de la Corte IDH.

En lo que aquí interesa, debe señalarse que en los últimos años comenzó a considerarse a la persona que sufrió el hecho delictivo, el daño que le produjo, cómo afectó en su personalidad y en su vida, y cuál es su pretensión actualizada ante la justicia. De esta manera, al visibilizarse los padecimientos de las víctimas, los fundamentos político-criminales mencionados, al menos para los delitos de abuso sexual, dejan de tener sentido.

Esto motivó que en el año 2011 se reformara el art. 63 del *CP* —ley 26.705, conocida como “Ley Piazza”— estableciéndose que: “en los delitos previstos en los art. 119, 120, 124, 125, 125 *bis*, 128, 129 —*in fine*—, y 130 —párrs. 2º y 3º— del *CP*, cuando la víctima fuere menor de edad la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que éste haya alcanzado la mayoría de edad”.

De este modo aparece por primera vez en nuestra legislación una excepción al régimen de la prescripción que tiene en cuenta a la víctima. La modificación se fundamentó en que gran parte de los delitos cometidos contra la integridad sexual de personas menores de edad quedaba impunes porque los NNyA no están en condiciones de defenderse a sí mismos, sino que necesitan de sus representantes, entre quienes muchas veces pueden estar sus agresores, o el entorno de encubrimiento; y entonces cuando cumplían la mayoría de edad, y podían ejercer la acción penal, se encontraban con que ya estaba prescripta⁹.

Si bien esta ley constituyó un gran avance en la protección de las personas que fueron víctimas siendo menores de edad, nuevos paradigmas condujeron a cambios más significativos en materia de protección. En el año 2015 se derogó la modificación del art. 63 y se incorporó al art. 67 el siguiente párrafo: “En los delitos previstos en los arts. 119, 120, 125, 125 *bis*, 128, 129 —*in fine*—, 130 —párrs. 2º y 3º—, 145 *bis* y 145 *ter* del *CP*, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad” (ley 27.206).

⁹ Romero Díaz, Dolores, “Cuestionamientos a la aplicación de la prescripción penal en determinados delitos”, en Tarditti, Aída - Monasterolo, Natalia, *Género y Derecho penal: debates actuales en la parte general*, Ediciones Lerner, Córdoba, 2022, pág. 231.

Esta modificación se originó en el Senado de la Nación a raíz del proyecto presentado por la Senadora de Entre Ríos Sigdríd Kunath. El proyecto era más ambicioso porque proponía la imprescriptibilidad de estos delitos. Si bien ese objetivo no se logró, se aprobó la incorporación de esta nueva causal de suspensión.

Dolores Romero Díaz, en su artículo “Cuestionamientos a la aplicación de la prescripción penal en determinados delitos”¹⁰ explica que estas dos leyes produjeron un cambio paradigmático en la fundamentación de la prescripción incorporando, como una de sus razones fundamentales, la situación de la persona que padeció el hecho, esto es, la víctima. Y agrega: “Pero no es solo esa razón esgrimida, sino que se produce también un cambio en la consideración del rol del Estado. Tanto uno como otro proyecto, al motivar, pusieron de manifiesto el objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones a las que el Estado Argentino se había comprometido al firmar la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU-1989, aprobada por ley 23.849-1990 e incorporada a nuestra Constitución Nacional en el año 1994). La incorporación impone la adopción de medidas tendientes a asegurar al menor la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”.

En tal sentido, en la exposición de motivos, la Senadora Kunath sostuvo que “el interés superior del niño requiere la adecuación del Código Penal para quienes hayan sido víctimas de abuso sexual infantil a efectos de que cuenten con normas que les permitan llevar a juicio a sus agresores, en el momento en que tengan el poder propio de hacerlo, así la víctima que no haya podido defenderse durante su niñez, en la que dependía de una representación legal forzosa, podrá hacerlo luego de alcanzada la mayoría de edad”.

II.4.2. Alcance y contenido del principio de legalidad. Aplicación retroactiva de la ley penal

Según el voto del Dr. Carubia, la inaplicabilidad de las reglas de prescripción implicaría la violación al principio de legalidad y sus derivados, y la aplicación retroactiva de la ley penal.

María Angélica Gelli¹¹, al referirse a la prescripción de los crímenes contra la humanidad y el principio de irretroactividad de la ley penal, explica que en rigor la prescripción de los

¹⁰ Romero Díaz, *ibidem*, pág. 245.

¹¹ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 322.

delitos no está garantizada por la *CN*, ni integra la garantía de la defensa en juicio, y si bien, puede considerarse conveniente y necesaria conforme algunos criterios variables de política criminal, no resulta indispensable jurídicamente para asegurar el cumplimiento de las garantías dispuestas en el art. 18 de la *CN*.

Agrega la autora que el instituto de la prescripción puede fundarse en el hecho de que el tiempo transcurrido desde la comisión del ilícito borra, o al menos atempera o morigera, los efectos sociales negativos de aquél. Pero aclara que no se trata de que el ilícito deje de serlo o que el valor que llevó a establecer el reproche penal haya desaparecido o se perciba de otro modo por la comunidad. Sin embargo, dice, el instituto de la prescripción de la acción penal está unido al principio de legalidad, por lo que sería inconstitucional una ley posterior que alterase la operatividad de aquélla en perjuicio del imputado o procesado.

Sostiene la autora que ésta ha sido la interpretación pacífica del instituto de la prescripción a partir del fallo “Miras” de la CSJN¹².

La causa “Miras”, del año 1973, se refiere a una infracción aduanera. Allí la CSJN dijo: “7) Que el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva. 8) Que si bien en los casos de multas existe un interés de tipo fiscal en su percepción, esto no altera su naturaleza principalmente punitiva. Se trata de un grado de sanción que no difiere en esencia de la clausura del establecimiento, del comiso de mercaderías o de la eliminación de la firma infractora del registro de importadores; supuestos todos en los cuales no puede hablarse de protección de las rentas aduaneras en modo directo”.

Pero de todas maneras, a futuro, el legislador en el orden interno —o los Estados y organismos internacionales— puede disponer que ciertos y determinados delitos no prescriban, y que ésa ha sido la línea interpretativa que ha prevalecido haciendo mérito del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como puede verse en “Arancibia Clavel”, o “Simón”. En este último caso, la Corte con abundante cita de jurisprudencia internacional, sostuvo la inadmisibilidad de las amnistías y de la prescripción penal, así como el establecimiento de eximentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y la sanción de delitos de lesa humanidad.

¹² CSJN, “S. A. Guillermo Mirás”, *Fallos*, 287:76 (1973).

Los fundamentos que justificaron el dictado de las sentencias mencionadas son trasladables a los delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos. En ese sentido, en el ya mencionado caso “Ríos”, pero en instancia de Casación, la Dra. Badano¹³ se expidió sobre estas cuestiones haciendo un desarrollo que justifica su transcripción, por la riqueza de matices de su contenido.

En aquella oportunidad dijo: “Debo señalar en primer lugar que estimo que la solución de un caso en el ordenamiento contemporáneo, a la luz del ejercicio de derechos que otrora sólo se declamaran pero no se ejercieran (los de los niños y las mujeres) reclama una perspectiva que se haga cargo de su complejidad, que explore sus tensiones y que se despeje de la matriz positivista que importaba un juez que sólo interpretaba normas domésticas, y que suponía sólo un conjunto de reglas identificables sólo por el modo en que han sido creadas. Importa, por lo mismo, pensar el caso conforme todo el ordenamiento vigente, el nacional y el internacional, inmerso en la Constitución Nacional. Y por ello, parece interesante tomar lo que Juan P. Alonso nos indica en su artículo ‘Modelos jurídicos de coherencia’ —en ‘Revista Filosofía del Derecho’, año I, nº 1, Infojus, 2012, p. 3— respecto de lo que es el positivismo, en especial para Dworkin. Aquel autor puntualiza que si bien su versión del positivismo puede ser discutible, sirve para identificar lo que llama modelo de ‘no-coherencia’: como para el positivismo, según Dworkin (‘Taking Rights Seriously’), el derecho es un conjunto de reglas identificadas por su origen, esto es por el modo en que han sido creadas, no por su contenido, no dará cuenta de estándares normativos esenciales como los principios y las directrices políticas que operan de modo muy distinto a las reglas. Como para el positivismo no existen los principios, cuando un juez se aparta de una norma preexistente lo que hace es crear una nueva norma y aplicarla retroactivamente al caso; por ello, según Dworkin, aquí aparece el segundo dogma del positivismo: la discreción judicial fuerte. Cuando un caso no está regulado por una regla ‘todo o nada’ preexistente, entonces el juez no está obligado por el derecho sino que posee discreción para crear una nueva norma y aplicarla al caso. Por ello no se puede encontrar una relación de coherencia, entre reglas y principios”.

Aclaró que señalaba este desarrollo porque, a su juicio, allí podía estar la clave para comprender cómo se postulan en líneas simples, modelos antinómicos, que eluden la complejidad

¹³ “Ríos, Carlos Antonio - Abuso sexual gravemente ultrajante agravado en concurso real s/Recurso de casación”, sent. nº 173.

del ordenamiento antes señalada y no reconocen la necesaria ponderación de los principios y las reglas que contemporáneamente, y de modo imprescindible, debe realizarse.

A continuación citó a Luis Prieto Sanchís que en su artículo “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” —en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003—, señala que, al menos, hay dos elementos en el constitucionalismo contemporáneo que suponen una cierta corrección al modelo liberal europeo: una fuerte rematerialización constitucional —impensable en el contexto decimonónico—, y el “desbordamiento” de la Constitución, la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema; los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y como atañe a numerosos aspectos sustantivos, este acceso se produce de modo permanente. Las normas constitucionales, dice el autor, dejan de estar “secuestradas” a ciertos órganos y “asumen la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones”.

Siguiendo al mismo autor, la vocal destacó que, de este modo, el Estado constitucional reclama una nueva teoría del derecho, el constitucionalismo impulsa una nueva teoría del derecho, entre cuyos rasgos sobresalientes cabría resumir cinco epígrafes: más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario, y coexistencia de una constelación plural de valores, a veces contradictorios, en lugar de la homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí, y sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Agregó que, más adelante, el autor señala que no es cierto que una ley sea una ejecución de un texto constitucional, pero sí que éste “impregna” cualquier materia de regulación legal, y la solución que dicha regulación ofrezca nunca se verá por completo exenta de la evaluación judicial a la luz de la Constitución, y que una de las características de este neoconstitucionalismo es que los principios predominan sobre las reglas. Cuando dos reglas entran en conflicto ello significa que una de ellas no es válida, o bien que opera como excepción a la otra. Cuando la contradicción se entabla entre principios, ambos siguen siendo simultáneamente válidos, por más que en el caso concreto, y de modo circunstancial, uno opere sobre el otro.

A partir de estos conceptos teóricos sostuvo la vocal que se recurrirá a la ponderación como método para la resolución de antinomias o conflictos normativos, y que “dados los postulados

de nuestra Constitución, y comprendido que los Tratados Internacionales se han incorporado a nuestra Constitución luego de la última reforma —que tiene casi 20 años—, y entendiendo que lo que se señala como el constitucionalismo contemporáneo tiene esos matices y riquezas —‘que estimula una profunda revisión del positivismo teórico’, al decir de Prieto Sanchís—, es que debe analizarse el presente caso”.

Ello, agregó, sin perjuicio de señalar la innecesariedad de las normas internas que hagan operativos los tratados internacionales —cuestión que, aun antes de la reforma, ya estaba establecida por nuestra CSJN—.

Por ello, concluyó que “estando vigente la Convención sobre los Derechos del Niño —adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, EE.UU., el 20 de noviembre de 1989—, cuya manda es atender al interés superior del niño, y debiendo el Estado Argentino garantizar a los niños el acceso a la justicia, la aplicación de dicho principio que ‘derrota’ a la regla de la prescripción del art. 67 supone una ponderación en la que se elige la norma a aplicar, o el principio prevalente”.

Antes de finalizar su razonamiento aclaró que “esto no supone sin más la derogación de las leyes que determinan la prescripción de la acción penal, ni desconocer el principio de legalidad —lo que podría leerse de modo lineal con un modelo positivista—, sino que se traduce en una ponderación del juez de todo el ordenamiento vigente. Y que no implica desconocer el instituto de la prescripción, sus alcances y efectos, sino delinear sus bordes conforme todos los principios jurídicos reinantes. En el juicio de ponderación deben puntualizar los valores que cada principio y regla tiene, y sus efectos. Y en esta idea de ponderación y derrotabilidad cabe recordar los extremos de la prescripción como instituto, que si bien atañen a la idea de plazo razonable de un proceso, y a determinadas garantías, no forma parte del principio *nullum crimen sine pena*”.

Refiriéndose en concreto al principio de legalidad recuerda que: “Este derecho humano reconocido internacionalmente, comenzó siendo internacionalmente un principio de justicia. Respecto de su evolución, es interesante lo que explica Kenneth Gallant en su artículo ‘La legalidad como norma del derecho consuetudinario internacional’ —en Montiel, J. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 315-354—, y su aceptación de que la creación de nuevos delitos e incremento de penas de modo retroactivo no es aceptable en la actualidad, ni siquiera en derecho penal internacional. Pero entiendo que éste no es el nudo de esta cuestión. El *nullum crimen*

sine pena y la consecuente prohibición de irretroactividad de las leyes penales, consagrado en nuestra Constitución Nacional, es un principio que no se encuentra afectado aquí. Las conductas atribuidas a Ríos estaban, a la época de su comisión, prohibidas por la ley que regía al momento, reformada por ley 25.087 del 14/5/99; no se trata de la prohibición de una conducta que al momento de la comisión no era delictiva, por lo que no puede pensarse que aquí se haya quebrantado el caro principio de la ley previa. Puede agregarse que la prescripción no opera en términos absolutos: si la expectativa de la extinción así lo fuera, por el solo transcurso del tiempo, no podría oponerse como acto interruptivo un mero llamado a indagatoria, o la vaga ‘secuela de juicio’, vigente al momento de la comisión de los hechos hoy enrostrados, ni tendría razón de ser la suspensión de su curso por el tipo de delitos, por la calidad de funcionario público de los autores, etc.”.

En este análisis destaca la vocal que también podría pensarse hacia quién está dirigida la norma de la prescripción, que, en tanto como límite de pretensión punitiva del Estado, funciona como condición objetiva de perseguibilidad: está dirigida al juez, y no al ciudadano; se trataría de una norma secundaria que entraría en colisión con un principio dirigido al mismo Estado, comprometido internacionalmente con la primacía de la protección de los derechos del niño y el acceso a la justicia.

El art. 9º de la *CADH* establece: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello”.

El art. 15 del *PIDESC*, por su parte, dice: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicada en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Como puede verse, la interpretación del principio de legalidad que realiza la Dra. Badano en su voto va en la misma línea de la redacción de la norma internacional. Se trata de un argumento fuerte que deslinda las cuestiones procesales (variables y contingentes) como es todo lo relativo a plazos, y deja como materia del principio de legalidad, el verbo típico. Esto es el núcleo de lo prohibido, que es la expresión más clara de la política criminal de un Estado.

Es hora de que se comience a cuestionar la jurisprudencia pacífica “Miras” de la Corte a la que aluden los autores para desacreditar estos argumentos¹⁴. Una infracción aduanera no tiene nada que ver con los abusos sexuales a personas menores de edad, además se trata de un fallo dictado en el año 1973 y, en consecuencia, sin la debida perspectiva de género y de infancia con la que actualmente debe pensarse el Derecho.

De todos modos, lo que entendemos debe prevalecer, más allá del principio de legalidad y de la irretroactividad de la ley penal, es el juicio de ponderación.

Lo dicho hasta aquí es suficiente para entender que —en la línea del razonamiento expuesto por la Dra. Badano— este juicio de ponderación, entre los principios constitucionales y las reglas del derecho interno, no supone que deban aplicarse las leyes 26.705 y 27.206 de manera retroactiva, sino que la regla del art. 62 del *CP* vigente al momento de los hechos es inaplicable porque nuestra reglamentación interna y las Convenciones incorporadas a nuestra legislación y jerarquizadas constitucionalmente deben interpretarse en su conjunto, es decir, convencionalmente.

Y como resulta obvio, la condición de niño o niña se tiene que evaluar en el momento de la comisión de los hechos cometidos en su contra, porque esa condición es la que justifica su especial protección; no tendría ningún sentido que tal fin protectorio desapareciera por el solo hecho de que los ataques sexuales se juzgaran después de que esas víctimas alcanzaran la mayoría de edad. Ello sería equivalente a sostener que las agravantes de los delitos de abuso sexual en relación a la menor edad de las víctimas desaparecen porque, al momento del juzgamiento, aquéllas han cumplido la mayoría de edad.

Por ello, entendemos que la solución correcta en el caso “Barrientos” hubiera sido la de no aplicar durante el lapso comprendido entre la ocurrencia de los hechos y la revelación del secreto las reglas de los arts. 62 y 63 del *CP*, porque resultan opuestas a las disposiciones internacionales de ineludible aplicación a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y su incorporación mediante el art. 75, inc. 22.

En la tensión entre el instituto de la prescripción de la acción penal y el principio de legalidad subyace una aparente colisión entre la norma de Derecho interno vigente al momento de los hechos y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, concreta-

¹⁴ Datsira Evers, Maximiliano F. J., *Actualidad en materia de prescripción en causas de abuso sexual en menores y los juicios por la verdad. A raíz del reciente fallo “E. E. C.”*, en “Derecho Penal y Criminología”, n° 7, año XII, 2022.

mente la *CDN*, la Convención de Belém do Pará y también la *CADH*. Esta aparente tensión se resuelve al ponderar el principio del “interés superior del niño” que tiene exactamente el mismo rango constitucional que el principio de legalidad, aunque a pesar de casi treinta años de incorporado a la *CN*, pareciera que se logra comprender.

En el caso, la prescripción de la acción penal configuró un privilegio para quien delinquiró en el ámbito familiar, por sobre el derecho de la niña a obtener una respuesta judicial en el marco de un debido proceso. Lo cual no sólo colisionó con su interés superior, sino también con la tutela judicial y el principio de igualdad ante la ley.

La aparente tensión entre el principio de legalidad y el interés superior del niño se traduce en la tensión entre el valor seguridad jurídica y el valor justicia, en este supuesto había muy buenas razones para inaplicar la normativa interna e interpretar que cuando el derecho es otorgado por un principio, en vez de por una norma: “el problema de la delimitación se convierte en un problema de optimización (...) los derechos tienden a realizarse en la mayor medida posible, fáctica y jurídicamente (...) la aplicación de un derecho es algo más que subsunción de un caso a una regla. Es un proceso de ponderación o balanceo” (conf. Alexy, *Derecho y razón*, p. 27). Es decir, en caso de tensión se deberá recurrir a la fuente que en el caso concreto resulte más propicia para la realización del principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación que más derechos acuerde al ser humano.

II.4.3. Control de convencionalidad y Principio del Interés Superior del Niño

No cabe duda que en nuestro país, a partir de la reforma constitucional del año 1994 y tal como se desprende del texto de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de los fallos de la Corte IDH y de los informes y opiniones consultivas de la Comisión, el control de convencionalidad es un deber ineludible, porque en él subyace el criterio orientador de la decisión conforme al cual, en todos los casos que llegan a los tribunales, los jueces deben tomar partido por la interpretación de la norma más favorable y efectiva para la protección de los derechos humanos —en la línea de sentido que está establecida en el art. 29 de la *CADH*—.

Eso mismo dijo la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile” (26/9/06, considerando n° 124): “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando un Estado ha ratificado un tratado interna-

cional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Angélica Gelli nos explica por qué este control se debe hacer de manera amplia, tomando en cuenta la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en toda su extensión: “La Ley Suprema en el modelo de Estado Constitucional y Convencional de Derecho es considerada, toda ella, una norma imperativa y operativa, una norma jurídica en la que se condensan los principios esenciales de la comunidad. En consecuencia, sus normas no son disponibles, ni siquiera las que enuncian derechos como facultades de obrar, de no obrar, o de exigir determinadas conductas porque otros sujetos, en especial los estatales están obligados, fuertemente vinculados por ellas con responsabilidades de diferente tipo en casos de incumplimiento”¹⁵.

Como lo sostiene la autora citada, la reforma del año 1994 incorporó la igualdad material en varias disposiciones haciendo más democrático y plural el sistema; así estableció acciones positivas para diferentes colectivos sociales, promoviendo políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar desigualdades, es decir, “diferenciando” para “igualar”.

Esa perspectiva no puede soslayarse a la hora de establecer si la acción penal correspondiente a los delitos de abuso sexual que se denuncian después de transcurrido el plazo que establece el Código Penal argentino se encuentra extinguida por prescripción de la acción penal, o si por el contrario las disposiciones de dicho Código, que regulan los plazos previstos para la prescripción de la acción penal, son inaplicables porque prevalecen otras normas de mayor jerarquía, en razón de su pertenencia al sistema de protección de los derechos humanos.

¹⁵ Gelli, María Angélica, *Orden público en el Derecho constitucional*, Revista “La Ley”, miércoles 11/11/15, pág. 1 y ss.

Tampoco puede obviarse que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que es parte de nuestro derecho interno en los términos de Angélica Gelli, establece que los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (art. 2º); que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3º); que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan (art. 12); que los Estados partes deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo; estas medidas deben comprender procedimientos eficaces para la prevención y para la identificación, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño, y según corresponda, la intervención judicial (art. 19); los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abuso, fomentando el respeto de sí mismo y su dignidad (art. 38).

Debo aclarar que, si bien la Convención de los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/89 y aprobada por la República Argentina por ley 23.849 (*BO*, 22/10/90), y luego expresamente incorporada a la Constitución mediante la reforma del 1994, por tratarse de un tratado de derechos humanos, que reconoce derechos preexistentes de las personas y no los crea, su entrada en vigencia no tiene ninguna trascendencia. Los NNyA siempre tuvieron los derechos que consigna la *CDN*, como las personas siempre tendrán derecho a una vida digna con independencia de su reconocimiento en un tratado o en una ley.

El “Principio del Interés Superior del Niño” es una pauta básica de interpretación en el sistema jurídico argentino, y coexiste con el resto de los principios, por ejemplo, el principio de legalidad, de igualdad ante la ley, seguridad jurídica, etc. Y entonces, es labor del jurista ponderar y establecer en qué caso prevalece uno u otro.

En este caso la solución es sencilla, porque la misma Convención de los Derechos del Niño soluciona la tensión entre los principios, en tanto establece que cuando se constate un conflicto entre los derechos e intereses de Niñas, Niños y Adolescentes (NNyA) víctimas de vio-

lencia y otros derechos e intereses legítimos correspondientes a personas mayores de edad, es obligatorio que los jueces hagan prevalecer los primeros.

A esta altura, como una primera inferencia, podría sostenerse que en el caso “Barrientos” —como en todos los casos similares que se plantearan— no declarar prescripta la acción penal atentaría contra todas las normas de la *CDN* citadas, muy especialmente contra el “Principio del Interés Superior del Niño”.

También debe considerarse el derecho de acceso a la justicia que surge del art. 8º, punto 1 de la Convención Americana, cuya principal manifestación radica en el deber de los jueces de posibilitar el acceso de las partes a juicio sin restricciones irrazonables conforme lo establecen las pautas interpretativas del art. 29 de la Convención, esto es, a favor de las libertades y de la efectividad de los derechos.

Asimismo, no puede obviarse lo que la Corte IDH ha denominado y desarrollado en numerosos precedentes como doctrina de la tutela judicial efectiva, prevista en el art. 25 de la *CADH* cuyos conceptos se ven reforzados por las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”, que exhortan a las autoridades judiciales para que dentro del ámbito de sus respectivas competencias, promuevan medidas que hagan efectivo el contenido de sus propuestas a fin de garantizar que aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, debe entrar en esta consideración el principio de igualdad ante la ley, no discriminación y protección igualitaria, previsto en el art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y art. 24 de la Convención Americana.

En el mismo sentido debe tenerse en cuenta que el Estado Argentino por medio de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que entró en vigor el 3/5/95, asumió el compromiso de actuar con la debida diligencia y adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, e incluir en su legislación interna la normativa y los procedimientos legales eficaces en relación a ese fin, que incluyan —entre otros— medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

En su Preámbulo, se establece que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

Por ello, no puede desconocerse que los hechos descriptos en los precedentes que se citaron anteriormente, en especial el del caso “Barrientos” que ha servido de banco de prueba para este análisis, se encuentran alcanzados por esta Convención (también denominada Convención de Belém do Pará) que expresamente establece en sus arts. 1 y 2 “A”, que a los efectos de la Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, y que se entenderá que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica, que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.

También debe considerarse que está comprobado que la mayor proporción de los casos de delitos sexuales involucra, en carácter de víctimas, a mujeres y niñas, y esto debe ser un indicador para reforzar la protección.

En la provincia de Entre Ríos, según Informe de REJUCAV, sobre un corte entre el mes de marzo de 2016 a julio de 2017, se pudo establecer que sobre un total de 112 expedientes penales en los que se registran delitos sexuales, 83 involucran como víctimas a menores de 18 años de edad (74%), y que sobre ese total de 83 expedientes penales vinculados a delitos sexuales en menores de edad, en 79 de ellos las víctimas son de sexo femenino (95%). A su vez, sobre el total de 83 expedientes penales vinculados a delitos sexuales en menores, el abuso sexual con acceso carnal se encontró presente en 11 casos y todos ellos involucran a víctimas mujeres (conf. “Informe de resultados sobre delitos sexuales en víctimas menores de edad en expedientes penales”, Registro Judicial de Causas y Antecedentes de Violencia de Entre Ríos —REJUCAV—, julio 2017).

Estos datos, que pueden no ser exactos, porque dependen de la colaboración de los organismos judiciales que son los responsables de la carga de la información, coinciden con un informe de UNICEF y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (“Un análisis de los datos del Programa de las víctimas contra las violencias”), realizado sobre una muestra en la CABA, entre los años 2009 a 2013, según el cual la violencia sexual en particular afectó cuatro

veces más a las niñas y adolescentes que a sus pares de género masculino, y que en el caso de la franja etaria que va desde los cero a los diez años, el número de víctimas mujeres fue aproximadamente tres veces superior al de los varones, y en el segmento de once a dieciocho años el número de mujeres fue nueve veces superior al de los varones.

De allí la necesidad de tener en especial consideración todas las normas internacionales, que asumiendo esta particular situación de vulnerabilidad de las mujeres y de los NNyA, reconocen para todas las personas la misma dignidad, habilitando que las mujeres y los niños y las niñas se piensen con derechos y no como ciudadanos de inferior categoría.

Estos tratados de derechos humanos vinieron a confrontar con un modelo cultural en el que, desde una mirada masculina, el ámbito de lo íntimo y doméstico —donde transcurren los aspectos esenciales de la vida de los niños y las niñas, donde reciben los cuidados, pero también donde quedan a merced de las personas adultas, que pueden agredirlos, abandonarlos al maltrato de otros, e incluso encubrir los delitos de los que resulten víctimas— quedaba reservado a la esfera de lo privado, bajo la autoridad del *pater familiae*, donde el Estado no intervenía.

Además, con el objetivo de visibilizar situaciones claramente vulneradoras de sus derechos, incluyeron en las políticas públicas situaciones problemáticas propias de las mujeres y de los NNyA que, con anterioridad a su dictado, se consideraban privadas.

Esta normativa que está incorporada al texto de la *CN* vino a modificar el corazón del derecho penal poniendo en cuestión institutos —como el de la prescripción de la acción penal— cuyo basamento ideológico, al que más arriba nos referimos, no había sido cuestionado hasta ese momento.

De esta manera apareció en el mundo jurídico una nueva regulación operativa (en los términos de Angélica Gelli) para asegurar una protección eficaz contra actos graves; un nuevo modelo que contiene disposiciones eficaces que obligan a repensar el derecho penal conforme lo requiere la especial vulnerabilidad de las personas que tiende a proteger, e imponen que, con “la debida diligencia” y teniendo en cuenta el “Principio del Interés Superior del Niño”, delitos graves como los denunciados en el caso “Barrientos” se investiguen, se juzguen y eventualmente se castiguen.

Por ese motivo, este análisis no puede realizarse por fuera de la perspectiva de infancia y de género que la *CDN* y la Convención de Belém do Pará aportaron al mundo jurídico como herramienta conceptual para entender la particular situación de vulnerabilidad de las mujeres

y de los niños, y principalmente, para lograr soluciones justas, que reconozcan a todas las personas la misma dignidad, habilitando que las mujeres, las niñas y los niños se piensen con derechos y no como ciudadanos de inferior categoría.

II.4.4. La prescripción como expectativa garantizada para obtener la impunidad

Resulta un dato de la realidad y la experiencia común que toda persona —NNyA— atacada sexualmente y en especial si eso ocurre en su ámbito cercano, sin el auxilio de una persona adulta, no tiene ninguna oportunidad real de acceso efectivo a la justicia. Esto de por sí es un muy buen motivo para sostener que el derecho a acceder a la justicia se debe mantener intacto hasta que se den las condiciones materiales y subjetivas para que pueda ejercerlo por sí misma.

También es un dato de la realidad, según lo sostienen los expertos en ciencias no jurídicas, que la seguridad por parte del victimario de que su víctima va a guardar “el secreto” es lo que habilita y, en algunos casos, perpetúa los abusos sexuales.

Irene V. Intebi destaca que “las personas que se acercan a este problema por primera vez se sorprenden ante ciertas conductas que contradicen lo que, desde el sentido común, parecería ser lo esperable. La víctima no protesta, no se defiende, no denuncia. Por el contrario, se acomoda a las experiencias traumáticas mediante comportamientos que le permiten sobrevivir en lo inmediato, manteniendo una fachada de seudonormalidad. Sin embargo esa adaptación es un arma de doble filo en el momento en que se devela el abuso ya que, a la larga, socava la eventual aceptación, la credibilidad y la empatía del resto de la sociedad”¹⁶.

Más adelante, destaca que este síndrome ha sido descrito por Roland Summit —psiquiatra de niños e investigador norteamericano— a partir de estudios clínicos de un amplio número de niños y de padres en situaciones comprobadas de abuso sexual. Este autor hace referencia a una secuencia de comportamientos que se pueden observar habitualmente en niños victimizados. Menciona y analiza cinco patrones conductuales diferenciados que aparecen en el siguiente orden: 1) el secreto, 2) la desprotección, 3) el atrapamiento y la acomodación, 4) la revelación tardía, conflictiva y poco convincente, 5) la retracción. Los dos primeros son requisitos indispensables para que ocurra el abuso mientras que los tres restantes se constituyen en sus consecuencias. Representan, por un lado, la cruda realidad que viven las víctimas y, por otro, el polo opuesto a las creencias adultas más comunes.

¹⁶ Intebi, Irene V., *Abuso sexual infantil en las mejores familias*, Granica, 1998, pág. 150 y ss.

Reconoce la autora que la primera pregunta que nos hacemos es por qué el niño no cuenta lo que le sucede, y a continuación indica que: “El secreto, vale la pena reiterarlo, es una de las precondiciones del abuso. El ofensor lo necesita para poder mantener el contacto con la niña. Por lo tanto, no duda en coaccionarla emocional o físicamente ni, llegado el caso, en amenazarla. Debe asegurarse que sus acercamientos sean aceptados por la víctima y hace todo lo posible para hacerle creer que descubrir los hechos provocará una crisis temible y peligrosa. La fuente de temor se transforma así en una promesa de seguridad: si calla, todo saldrá bien. Aun cuando los pequeños ignoren, o no tomen conciencia del carácter sexual de los actos, o aunque estas experiencias no provoquen dolor ni vergüenza, el secreto evasivo que se les sugiere guardar los hace conjeturar que se trata de hechos malvados y peligrosos, de los cuales, además, llegan a sentirse cómplices responsables”. Por ello, entre autor y víctima no hay un pacto de silencio, como solía decirse, sino una imposición del silencio a fuerza de cualquier tipo de violencia o intimidación.

Esta particular característica conduce a una considerable dilación por parte de la víctima para poder develar y eventualmente denunciar lo ocurrido, y justamente en esa demora radicaría siempre la imposibilidad por parte del Estado de investigar, juzgar y castigar, como lo demanda en particular la *CDN* y la Convención de Belém do Pará, conforme lo hemos desarrollado en el apartado anterior.

De acuerdo a esta información, que viene de la mano de la experiencia y de conocimientos especializados de otras ciencias, como la psicología, pareciera poco razonable que quien cometió —y como se vio en el caso “Barrientos” perpetuó durante casi diez años— un delito sobre la base del seguro silencio de la víctima, luego se vea beneficiado por el instituto de la prescripción de la acción penal por el solo transcurso del tiempo. Tiempo durante el cual la víctima no tenía ni siquiera la edad legal para denunciar por sí misma y tampoco las condiciones subjetivas para hacerlo. De ese modo, el derecho se apartaría del mandato de proteger al más vulnerable.

Resulta absurdo afirmar que el autor de un delito pueda adquirir, al momento de cometerlo, una expectativa garantizada constitucionalmente de una pérdida de interés por parte del Estado en la aplicación de una pena; como es irrazonable también que quienes no contaban con legitimación para denunciar (art. 72, *CP*) porque fueron víctimas siendo menores de edad, al momento de alcanzar la mayoría de edad tengan por delante un plazo reducido y diferente del que disponen las personas mayores de edad, o del que comenzaron a disponer las víctimas después de las reformas introducidas al *CP* en materia de prescripción.

Justamente esta situación de desigualdad y de desconsideración de las víctimas fue lo receptado por la ley 26.705 (comúnmente denominada “Ley Piazza”) al establecer en el art. 63 que, cuando la víctima fuere menor de edad, la prescripción de la acción comenzaría a correr desde la medianoche del día en que éste hubiere alcanzado la mayoría de edad, y subyace también en la reforma introducida por la ley 27.206 que, con la finalidad de articular los preceptos del Código Penal con la normativa internacional vigente, asume las particularidades de estos delitos especialmente lo que se denomina como “descubrimiento tardío o retardado” o “revelación tardía” y toma en cuenta el momento en el cual la víctima, siendo ya mayor de edad, se encuentra en condiciones subjetivas para instar la persecución penal ante la justicia habilitando así su investigación, juzgamiento y castigo (confr. Proyecto de Ley presentado por Sigrid E. Kunath para la modificación del Código Penal)¹⁷.

II.4.5. Derecho a la tutela judicial efectiva y principio de igualdad ante la ley

En el segundo voto del fallo “Barrientos”, haciendo referencia al caso “Ríos”, se dijo que la garantía de la tutela judicial efectiva no se vio violentada mediante el dictado de la prescripción, y que la actuación del Poder Judicial de la Provincia había sido diligente frente a la denuncia, porque se le dio curso a la investigación, se produjeron pruebas y se escuchó a la víctima.

Tal afirmación pareciera confundir el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva con la mera actividad de denunciar. Porque en todo caso, lo que debió valorarse con perspectiva de infancia y de género era la posibilidad concreta de acceso a la justicia que tenía la víctima al momento de los hechos, es decir, cuando era una niña en una situación de extrema vulnerabilidad sin ninguna posibilidad de hacer cesar los delitos en su perjuicio denunciando a sus responsables.

Gargarella¹⁸ sostiene que en orden a los estándares internacionales sobre el acceso a la Justicia, los sistemas de protección universal y regional de derechos humanos han desarrollado, a través de distintos mecanismos, una serie de estándares en torno al derecho de acceso a la justicia consagrado en los disímiles instrumentos internacionales.

¹⁷ Romero Díaz, pág. 246, *ibidem*.

¹⁸ Gargarella, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, pág. 905 y ss.

Así, “la pertenencia del Estado a dichos sistemas de protección, sus órganos, autoridades y mecanismos de escrutinio, la responsabilidad que su desconocimiento conlleva, el expreso reconocimiento constitucional de los instrumentos convencionales, la condición de derecho interno de los instrumentos convencionales y las interpretaciones efectuadas; los principios y reglas que estructuran el derecho de los derechos humanos (por caso, el enfoque de derechos humanos, las perspectivas de género o de igualdad estructural, el principio *pro homine*) y los principios lógicos y jurídicos que justifican el seguimiento por parte de las autoridades locales de los estándares interpretativos que aquellas convencionales encargadas de interpretarla realicen, son algunas de las razones que justifican la importancia de su análisis y ponderación”.

Y, entre ellos, señala la concepción, abordaje e interpretación transversal (fáctico jurídico) y amplia de acceso a la justicia: la amplitud se extiende a las condiciones que en forma acumulativa pueden dificultar el acceso a la justicia de algunas personas en ciertas situaciones, por ejemplo, ser menor y niña, como en el caso, y el deber de tutela preferente del Estado, ante los sujetos en situación de desventaja o vulnerabilidad estructural. “El *corpus iuris* conformado por la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, entre otros instrumentos, deben servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones estatales”.

Desde esos estándares es desde donde debe analizarse si en una causa penal se respetó el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

En el caso bajo estudio, según la denuncia, los hechos se iniciaron cuando la niña tenía 6 o 7 años y duraron hasta que cumplió los 19. Básicamente consistieron en abusos sexuales con acceso carnal, cometidos por su padre de manera reiterada durante todos esos años. Del relato de los hechos también surge la violencia física y psicológica que padecía, que nunca dijo nada porque sentía terror, ya que era muy violento, la golpeaba muchísimo; la amenazaba con golpear más y más a su madre y a sus hermanos y a ella misma si contaba de estos abusos. La hacía dormir en el suelo sobre unos cueros, les aplicaba severos castigos corporales tanto a ella como a su madre, quien por su parte, era muy sometida y habitualmente estaba borracha.

Ante un relato como éste —que en nada difiere de los que habitualmente se escuchan por parte de las víctimas que denuncian muchos años después— cabe preguntarse ¿Al momento de los hechos, esta niña tenía alguna posibilidad real de denunciar? ¿Durante el tiempo que no realizó la denuncia, estaba en condiciones de hacerla? ¿Dadas las circunstancias, puede

decirse que tenía la carga procesal de estar atenta a los plazos de prescripción establecidos en el *CP*, para hacer valer sus derechos?

Claramente mientras era menor de edad no pudo acceder a la justicia porque las personas adultas que debían protegerla no lo hicieron. Su padre porque era su agresor, y su madre, entre otras cosas, porque también era su víctima.

Y lo que es más importante, es que al igual que en el precedente “Bulacio” de la Corte IDH, y también en “Ilarraz” hubo una obstaculización del proceso, porque el silencio impuesto por medio de golpes, malos tratos, amenazas y terror, impidió que se hiciera la denuncia de manera oportuna. Y al igual que en “Ilarraz” y “Rivas” el autor de los ataques sexuales, su padre, estaba en una situación de preeminencia y jerarquía respecto a la víctima, quien le estaba sujeta no sólo por la situación fáctica, sino porque según el Código Civil vigente en aquel momento, detentaba la “patria potestad”. Es decir, entre la víctima y su agresor existía un vínculo jurídico, y en función de esa juridicidad, Barrientos ante ella era una autoridad.

Por estos motivos, resultan plenamente aplicables al caso las siguientes consideraciones del citado precedente “Bulacio”: “115. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”. “116. En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno, este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias, de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el art. 25 de la Convención Americana”.

Una visión estructural y colectiva del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva exige tener en cuenta las brechas y obstáculos económicos, geográficos y subjetivos que tienen las personas en su experiencia cotidiana. También exige alejarse de una visión autocentrada en lo institucional y poner la mira en la persona y sus reales posibilidades de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva; que no es sólo acceder físicamente al edificio de Tribunales y a que un agente judicial le tome una denuncia, sino también a que se desarrolle una investiga-

ción y se obtenga en consecuencia una sentencia motivada y congruente. Situación que en el caso “Barrientos” y en todos los similares no ocurrió¹⁹.

Por último, cabe señalar que teniendo en cuenta que los derechos humanos son el conjunto de derechos y garantías que pertenecen a todas las personas humanas, cualquiera sea su nacionalidad, edad, etc., y que preexisten a cualquier tipo de regulación legal nacional o supranacional —que a lo sumo pueden reconocerlos pero no crearlos—, declarar prescriptos hechos como los denunciados en el caso “Barrientos” supondría admitir la posibilidad de que en nuestro país coexisten dos categorías de víctimas: las que sí gozarán del derecho humano de acceder a la justicia y a la tutela judicial efectiva porque fueron abusadas después del año 2015, y las que a pesar de tener esos mismos derechos —que les pertenecen por su condición de persona— el Estado no se los reconoce por el solo hecho de haber sido atacadas sexualmente antes del dictado de las leyes 26.705 y 27.206 que suspenden los plazos de la prescripción. Situación que no resulta adecuada al principio de igualdad.

II.5. Criterios para diferenciar las graves violaciones a los derechos humanos de los delitos comunes

Luego de haber revisado y cuestionado los conceptos generales del fallo, avanzaremos sobre la cuestión que motiva este trabajo.

En primer lugar, cabe señalar que no parece un buen criterio diferenciador la constatación de una circunstancia obstaculizadora de la denuncia penal en forma oportuna. Como se vio en el apartado anterior, generalmente estas causas no se denuncian porque las víctimas son silenciadas de diferentes maneras. En el caso “Ilarraz” se obturó el curso normal de la causa por el secreto impuesto y porque las actuaciones se desviaron a un trámite canónico. En el caso “Barrientos” el silencio fue impuesto de una manera mucho más brutal y fue el facilitador para que los hechos se perpetuaran por más de diez años.

Tampoco parece un buen criterio acudir a circunstancias especiales que indiquen una mayor gravedad del delito. Si se comparan los hechos que padecieron las víctimas de “Ilarraz” o de “Rivas” con los hechos padecidos por la víctima de “Barrientos”, se advierte que estos últimos

¹⁹ Cámara de Casación de Entre Ríos, Sala. I, “Monaco, H. D. s/Abuso sexual con acceso carnal agravado s/Recurso de casación”.

fueron mucho más graves y aberrantes que los primeros: se prolongaron más de diez años; con violencia física y psicológica, fue penetrada en varias oportunidades, el vínculo con el autor era el más cercano de todos: era su padre, etc.

Sin embargo, los delitos cometidos por los dos primeros fueron considerados por el STJER como graves violaciones a los derechos humanos, y en consecuencia, tanto Ilarraz como Rivas fueron juzgados y condenados a largas (y merecidas) penas de prisión. Por el contrario, los aberrantes hechos cometidos por Barrientos fueron considerados delitos comunes y en consecuencia, resultó sobreseído (beneficiado) por la prescripción de la acción penal.

Cabe aclarar que en ninguno de los tres votos del fallo “Barrientos” se explicó por qué los delitos denunciados no configuraban una grave violación a los derechos humanos. De modo tangencial, el tercer voto se acercó a la cuestión, mediante la cita del fallo “Funicelli” que a su vez refiere a “Funes”, pero concluyendo igual que los anteriores, que se trataba de un delito común, sin explicar de qué premisas partía para llegar a esa conclusión.

No puede soslayarse en este análisis que, de acuerdo a los precedentes “Ilarraz” y “Rivas”, en la provincia de Entre Ríos, la inclusión de los abusos sexuales contra personas menores de edad en la categoría de graves violaciones a los derechos humanos y sus consecuencias respecto a la inaplicabilidad de las reglas de la prescripción se viene haciendo “caso por caso”.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿esta aplicación “caso por caso” no deja un margen de discrecionalidad judicial demasiado amplio?, ¿conforme qué criterios se debería realizar esa selección?, ¿el parámetro se determina por lo aberrante del hecho o la afectación a la tutela judicial efectiva?. Teniendo en cuenta las características de estos hechos ¿cuál sería el baremo para considerar que un ataque sexual contra un niño es un hecho aberrante y cuál no? Así podríamos seguir con una larga lista de preguntas.

Para ensayar una posible respuesta podemos volver sobre el caso “Funes”, que los tres votos del STJER refirieron en “Barrientos”. De la lectura del dictamen que la Corte hizo propio, surge que el Procurador, sobre la base de los precedentes de la Corte IDH, distingue claramente tres categorías de delitos: *a)* los delitos de “lesa humanidad”—de los que ninguna duda cabe acerca de su imprescriptibilidad—; *b)* los delitos que la Corte IDH ha denominado como “graves violaciones a los derechos humanos”—“Bueno Alves” y “Bulacio”— ante los cuales, los Estados no pueden invocar sus reglas de derecho interno, como son las que regulan el régimen de la prescripción —para impedir su investigación, juzgamiento y eventual sanción—; *c)* los delitos comunes, que también son violaciones a los derechos humanos, y

que si bien no tienen como efecto la improcedencia de la prescripción, generan el deber de determinar lo sucedido a fin de satisfacer, de alguna manera, la expectativa de las víctimas o de sus deudos, a conocer lo que ocurrió —“Vera Vera” y “Albán Cornejo”—.

No debe perderse de vista que, según lo explica el Procurador en su dictamen, el hecho que dió origen al caso “Funes” presentaba similitudes con los casos “Vera Vera” y “Alban Cornejo” —homicidios imprudentes—, que la Corte IDH consideró que eran delitos comunes, que no configuraban graves violaciones a los derechos humanos, pero de todos modos se incitó al Estado, a fin de brindar una mejor tutela judicial efectiva, a que se dispusiera proseguir el curso de las investigaciones para determinar la verdad de los hechos ocurridos.

Por el contrario, en los casos “Bulacio” y “Bueno Alves” subyacen hechos más graves —dolosos— al punto que se encuentran tipificados como delitos en las convenciones de derechos humanos.

La jurisprudencia nacional y provincial viene aplicando el precedente “Funes” sin reparar en esta circunstancia fundamental, es decir, sin explicar por qué los aberrantes hechos de abuso sexual —similares a los que pueden leerse en “Barrientos”— se deben equiparar a hechos imprudentes y no a hechos dolosos.

Así puede afirmarse que desde una justificación interna, en el caso “Barrientos” la decisión de declarar prescripta la acción penal se sigue lógicamente de las premisas que adujo en su fundamentación²⁰. Sin embargo, yerra en la justificación externa en tanto las premisas no son correctas. Ocurrió lo que Alicia Gil Gil²¹ refiere, dentro del fenómeno de fertilización cruzada de jurisprudencia: el defectuoso uso de jurisprudencia ajena.

Para entender mejor, conviene repasar lo que dijo la Corte IDH en estos casos.

II.5.1. El fallo “Bulacio”²²

Este fallo se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención arbitraria y posterior muerte del joven Walter David Bulacio. Asimismo, a la falta de investigación, dilación indebida y sanción de los responsables de los hechos.

²⁰ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducido por Atienza Manuel e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pág. 214.

²¹ Gil Gil, Alicia, *La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de derecho penal internacional y el uso defectuosos de la jurisprudencia ajena*.

²² Corte IDH, 18/9/03, “Bulacio vs. Argentina”.

La causa se caratula “Bulacio Walter s/Muerte” y siguió una larguísima tramitación, hasta que la Sala VI de la Cámara de Apelaciones de la Capital declaró que la acción estaba prescripta (fallo del 21/11/02).

Los padres del joven formularon una presentación en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y ésta solicitó explicaciones al gobierno argentino. Ante la falta de respuesta, se procedió a asentar una denuncia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que corrió traslado al Estado. Nuestro país se presentó, reconoció su responsabilidad en cuanto a la “violación del deber de custodia”, admitió que se trató de “detención ilegítima” y se obligó a reparar el daño.

La Corte Interamericana homologó el acuerdo y fijó el monto de una sustancial reparación indemnizatoria (pronunciamiento del 18/9/03) y declaró “inadmisibles” las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violación de derechos humanos.

La CSJN había reconocido que la prescripción había sido correctamente declarada (sentencia del 23/12/04), pero ante el fallo de la Corte Interamericana, que constató la violación de los derechos humanos, y que estableció que tales derechos están por encima de los del acusado, mandó reabrir una causa que se declaró prescripta y continuar el trámite.

En el acuerdo de solución amistosa suscripto por el Estado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los representantes de los familiares de la presunta víctima el 26 de febrero de 2003 quedó establecido que: *“1) Sin perjuicio de los planteos y argumentos formulados por las partes y en el ámbito de la solución amistosa propuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y aceptada por el Decreto Presidencial n° 161 de fecha 31 de enero de 2003, El Gobierno reconoce la responsabilidad por la violación a los derechos humanos de Walter David Bulacio y su familia con base en la demanda efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido se deja constancia que Walter David Bulacio fue víctima de una violación a sus derechos en cuanto a un inapropiado ejercicio del deber de custodia y a una detención ilegítima por incumplimientos procedimentales y vistas las consecuencias jurídicas y la irrenunciable vocación del Gobierno y del Estado Argentino de cumplir integralmente con las normas de derechos humanos a las que se ha obligado nacional e internacionalmente, resuelve asumir la responsabilidad internacional y sujetarse a las reparaciones correspondientes que determine la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos”.*

A partir del considerando 113 puede leerse:

“113. La Corte observa que desde el 23 de mayo de 1996, fecha en la que se corrió traslado a la defensa del pedido fiscal de 15 años de prisión contra el Comisario Espósito, por el delito reiterado de privación ilegal de libertad calificada, la defensa del imputado promovió una extensa serie de diferentes articulaciones y recursos (pedidos de prórroga, recusaciones, incidentes, excepciones, incompetencias, nulidades, entre otros), que han impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural, lo que ha dado lugar a que se opusiera la prescripción de la acción penal.

114. Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables.

115. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.

116. En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno (*supra* 106.a y 107.a), este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el art. 25 de la Convención Americana.

117. De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Conven-

ción, así como a los principios generales del derecho; uno de: 71 Cfr., Caso 'Juan Humberto Sánchez', *supra* nota 4, párr. 144; Caso 'Bámaca Velásquez', *supra* nota 30, párr. 212; y Caso de los 'Niños de la Calle' ('Villagrán Morales y otros'), *supra* nota 69, párr. 226. 72 Cfr., Caso 'Hilaire, Constantine y Benjamín y otros', *supra* nota 5, párrs. 142 a 144; Caso 'Suárez Rosero', sent. del 12/11/97, Serie C, n° 35, párrs. 71 y 72; y Caso 'Genie Lacayo', sent. del 29/1/97, Serie C, n° 30, párr. 77. 73 Cfr., Caso 'Trujillo Oroza', Reparaciones, *supra* nota 30, párr. 106; Caso 'Barrios Altos', *supra* nota 3, párr. 41; y Caso 'Barrios Altos, Interpretación de la Sentencia de Fondo (art. 67, CADH)', sent. del 3/9/01, Serie C, n° 83, párr. 15. 74 Cfr., Caso 'Barrios Altos', *supra* nota 3, párr. 43. 51 estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes (*infra* 142).

118. De conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación.

119. Además, conviene destacar que el Estado ha aceptado su responsabilidad internacional en el presente caso por la violación de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, que consagran los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, respectivamente, en perjuicio de Walter David Bulacio y sus familiares (*supra* 31-38). Asimismo, esta Corte ha tenido como probado (*supra* 69.C.6) que a pesar de haberse iniciado varios procesos judiciales, hasta la fecha más de doce años después de los hechos nadie ha sido sancionado como responsable de éstos. En consecuencia, se ha configurado una situación de grave impunidad.

120. La Corte entiende como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.

121. A la luz de lo anterior, es necesario que el Estado prosiga y concluya la investigación del conjunto de los hechos y sancione a los responsables de los mismos. Los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana. Los resultados de las investigaciones antes aludidas deberán ser públicamente divulgados, para que la sociedad argentina conozca la verdad sobre los hechos”.

II.5.2. El fallo “Bueno Alves”²³

En el caso “Bueno Alves” los hechos se iniciaron en 1998, cuando el señor Bueno Alves, uruguayo residente en la Argentina, inició una transacción de compraventa inmobiliaria con la señora Norma Lage y el señor Jorge Denegri, la misma que finalmente se frustró. El señor Bueno Alves denunció a la señora Lage por estafa y amenazas. Asimismo, la señora Lage denunció al señor Bueno Alves por estafa y extorsión. El 5 de abril de 1988, el señor Bueno Alves y su abogado fueron detenidos. Asimismo, la oficina profesional de éste fue allanada y se incautó la grabación de la reunión de rescisión.

Todas estas acciones fueron realizadas por funcionarios de la División de Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal de Argentina. El señor Bueno Alves fue objeto de maltratos mientras se encontraba en la sede policial. A pesar de haber presentado una serie de denuncias, éstas fueron desestimadas.

La Corte IDH tuvo por probados los elementos constitutivos del *delito de tortura*, y a partir del considerando 87 explicó por qué, a pesar de no tratarse de delitos de lesa humanidad, debían investigarse igual. Allí, puede leerse:

“87. Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, la Corte comparte el criterio del Estado expresado en su contestación de demanda respecto a que ‘si bien los actos de tortura perpetrados contra el [señor Bueno Alves] han quedado alcanzados por la protección (...) de la Convención [Americana], ello no significa que deban ser calificados *per se* como delitos de lesa humanidad’, como lo pretende la representante de la víctima, debido a que tales actos no formaron parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

²³ Corte IDH, 11/5/07, “Bueno Alves vs. Argentina”.

88. Respecto de la obligación de garantizar el derecho reconocido en el art. 5° de la Convención Americana, la Corte ha señalado que ésta implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. La obligación de investigar se ve reforzada por lo dispuesto en los arts. 1°, 6° y 8° de la CIPST, de acuerdo con los cuales el Estado se encuentra obligado a ‘tomar (...) medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción’, así como a ‘prevenir y sancionar (...) otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes’. Además, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8° de esta Convención cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

89. En igual sentido, el Tribunal ha señalado anteriormente que: a la luz de la obligación general de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos humanos consagrados en la Convención, establecida en el art. 1.1 de la misma, en conjunto con el derecho a la integridad personal conforme al art. 5° (Derecho a la integridad personal) de dicho tratado, existe la obligación estatal de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura.

90. En definitiva, el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfagan las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado”.

II.5.3. Los hechos tipificados en las Convenciones como criterios orientadores de la decisión

Como puede verse, en ambos casos los hechos denunciados configuran delitos que se encuentran tipificados en tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional. En el caso

“Bulacio” el hecho consistió en una “detención ilegal”, tipificada como delito en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (arts. 2º, 3º y 4º), y en el caso “Bueno Alves” se trató del delito de “tortura” tipificado en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 4º).

Este dato puede servir de punto de inflexión para sentar criterios objetivos a la hora de establecer si determinados delitos, en nuestro caso los ataques sexuales a personas menores de edad, mas allá de las particularidades del caso a caso, configuran una grave violación a los derechos humanos o un delito común.

Ahora bien, a poco que se repare en las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Belém do Pará, y la Convención de los Derechos del Niño —que, como hemos señalado, deben incluirse en el control de convencionalidad— también puede sostenerse que ataques sexuales contra personas menores de edad se encuentran positivizados en sus normas.

Así, de la conjunción de la obligación establecida en el art. 1º de la *CADH* de garantizar los derechos humanos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, con el derecho a la integridad personal previsto en su art. 5º, y además, con el art. 19 de la *CADH* que establece que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, puede inferirse sin ninguna dificultad que tanto las personas que han sido sometidas a tortura, los que han sido detenidos ilegalmente, como los niños y las niñas que han sido víctimas de ataques sexuales, merecen el mismo reconocimiento y protección de los respectivos derechos que tutelan las distintas convenciones, justamente por el carácter de esos delitos, de grave afectación a los derechos humanos.

No puede desconocerse que el derecho de los derechos humanos ha ido evolucionando y ampliando su horizonte. Por eso, pretender que sólo pueden afectarse gravemente los derechos humanos con delitos como la tortura o la desaparición forzada de personas, buscando una suerte de similitud con los delitos de lesa humanidad, no reflejaría tal evolución.

Además, esa mirada restrictiva no iría en la línea de la Constitución reformada en el '94, que a través del art. 75 no sólo incorporó a su texto los tratados de derechos humanos, sino que en el inc. 23 dispuso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos hu-

manos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad ...”.

También debemos recordar que las convenciones de derechos humanos incorporadas a la Constitución Nacional protegen diversos derechos de las personas, como ser: la *CADH* protege el derecho a la integridad personal, a reunirse y asociarse, a la nacionalidad, etc.; en otros tratados se protegen derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; mientras que otras convenciones promueven el respeto universal de los derechos humanos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión.

Si se presta atención, se advierte que las Convenciones de Derechos Humanos, sólo de manera excepcional, positivizan como delitos comportamientos que, a su vez, se encuentran tipificados como delitos en los ordenamientos nacionales, o que, si no lo están, ordenan que se incluyan en el catálogo penal interno.

Así ocurre, por ejemplo, en las disposiciones contenidas en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención contra la Tortura, la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de Belémdo Pará, las Convenciones contra la Corrupción.

Todas estas convenciones tipifican delitos graves, cometidos contra bienes jurídicos fundamentales, cuya comisión se lleva a cabo de manera dolosa. Entonces —y en esto consiste el núcleo de la hipótesis de este trabajo— podría inferirse que si el hecho investigado se encuentra tipificado en un tratado de derechos humanos, es porque el concierto de las naciones lo consideró altamente dañoso para la humanidad, y en consecuencia, configura una grave violación a los derechos humanos. El resto de los delitos, que no fueron positivizados pueden entenderse como delitos comunes, reservados al ámbito interno de cada país.

Concretamente, en el caso de los ataques sexuales, podría sostenerse que fue el concierto de las naciones el que decidió reforzar el art. 19 de la *CDN* con las disposiciones del art. 34, el cual prevé: “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales”.

De este modo, tan trascendente decisión no quedaría en manos de la magistratura. No serían los jueces y las juezas quienes deban decidir si un caso es lo suficientemente aberrante, o si hubo un serio impedimento para acceder a la justicia y a la tutela judicial efectiva. La decisión vendría tomada de antemano, radicaría en la decisión de los Estados al suscribir las Convenciones de Derechos Humanos que tipifiquen delitos.

Desde este punto de vista podría sostenerse, según la hipótesis que aquí se defiende, que el deber de investigar, juzgar y eventualmente sancionar estos delitos de abuso sexual contra NNyA —como los de todos los delitos positivizados en las convenciones— constituye una obligación estatal imperativa que deriva del Derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole; porque es un medio para alcanzar los fines por los que se dictaron las convenciones.

En este sentido la Corte IDH, en el caso “V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua” se refiere a los deberes reforzados del Estado respecto de las niñas, víctimas de delitos, en especial aquellos que atañen al Poder Judicial. En lo que aquí interesa, el fallo establece que aun cuando la violencia sea ejercida por un particular, el Estado tiene la obligación de adoptar políticas integrales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, tomando particularmente en cuenta los casos en que la mujer sea menor de 18 años de edad.

Puntualmente, en relación al tratamiento judicial de estos casos refirió que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra la mujer propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra la mujer puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia²⁴.

Mary Beloff sostiene que “V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua” es la primer sentencia donde la Corte IDH analizó un ataque sexual perpetrado por un particular; en especial, entendió que tenía “la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de una violación sexual cometida en contra de una niña”, por lo que adoptó “un enfoque interseccional” que tuviera “en cuenta la condición de género y edad de la niña”. En este sentido, analizó la obligación de investigar y el deber de debida diligencia reforzada de protección especial, las garantías judiciales en relación con el juicio por jurados y el plazo razonable, junto con las obligaciones previstas en el art. 7.b) de la Convención de Belém do Pará, la discriminación en el acceso a la justicia basada en motivos de género y en la condición de persona en desarrollo de V. R. P., la situación de

²⁴ Corte IDH, 8/3/18, “V. P. R. y otros vs. Nicaragua”.

revictimización de la niña y de su núcleo familiar, y el derecho a la integridad personal de los familiares”²⁵.

Acudir a un criterio objetivo para diferenciar los delitos comunes de las graves afectaciones a los derechos humanos, como el que aquí se propone, presentaría como ventaja tener anclaje en la normativa internacional, en la jurisprudencia de la Corte IDH, y en doctrina prestigiosa como la que acabo de citar, y principalmente, constituiría un límite al ámbito de discrecionalidad judicial.

Sólo quedaría por agregar que por definición la categoría de “graves violaciones a los derechos humanos” dejaría por fuera los abusos sexuales simples, ocasionales, llevados a cabo por desconocidos.

II.6. Los juicios por la verdad

II.6.1. Una breve digresión

Maximiliano F. J. Datsira Evers²⁶ realiza un análisis similar al del presente trabajo, pero llega a conclusiones distintas. Apoyándose en el fallo “Funicelli”, que a su vez refiere al caso “Funes”, deduce que los abusos sexuales a personas menores de edad configuran delitos comunes y, por lo tanto, están sujetos a las reglas de la prescripción de la acción penal.

Si bien disiento con todas sus conclusiones, en la segunda parte de su trabajo aborda la cuestión de los juicios por la verdad realizando una crítica muy aguda sobre este instituto, la que a continuación comparto.

En primer lugar sostiene que los “juicios por la verdad en delitos de abuso sexual en NNyA desde el aspecto jurídico avizoran más dudas que certezas”. Recuerda que con este nombre fueron conocidos aquellos eventos que efectivamente se realizaron en el marco de crímenes cometidos en la dictadura militar, bajo circunstancias diametralmente diferentes por las cuales

²⁵ Beloff, Mary, *Derechos del niño: su protección especial en el sistema interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

²⁶ Datsira Evers, Maximiliano F. J., *Actualidad en materia de prescripción en causas de abuso sexual en menores y los juicios por la verdad. A raíz del reciente fallo “E. E. C.”*, en “Derecho Penal y Criminología”, nº 7, año XII, La Ley, Buenos Aires, 2022.

esta vía está siendo habilitada para el conocimiento de la verdad desde el año 2014 tras el fallo “Funes”.

Después de reseñar los casos “Vera Vera” y “Albán Cornejo”, observa que la Corte IDH ha avanzado en crímenes que vulneran derechos humanos con la finalidad de velar por el conocimiento de la verdad de los hechos, pese a no poder aplicar una sanción punitiva, y ha admitido el derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido. En el ámbito interno, el primer antecedente lo marcó el fallo “Funes” que abrió una instancia para que se determinara la verdad de los hechos frente a una acción prescripta.

A continuación, destaca que el único punto en común entre el caso “Funes” y los delitos de abuso sexual contra NNyA es que en ambos las víctimas son personas menores de edad, y que en nuestro país se dio la particular circunstancia de que la jurisprudencia en materia de delitos de abuso sexual con menores víctimas fue la que consideró evaluar la aplicación de esta vía.

Conceptualiza “los juicios por la verdad”, de manera más apropiada, “la determinación de la verdad”, como “el ejercicio de un derecho de las víctimas, sus familiares y de la sociedad a conocer los hechos constitutivos del delito del que fueron objeto y de las violaciones a sus derechos humanos”. Se pretende la identificación del o de los responsables de llevar a cabo esa conducta y conocer las circunstancias en que esos actos tuvieron lugar.

Añade el autor que si nos detenemos a analizar tanto el contenido de los fallos como su resolución no encontraremos detalles sobre el modo en que esta verdad pueda ser conocida ni la vía de acceso que se les está habilitando a la víctima o a sus familiares. A continuación, señala que la vía para la determinación de la verdad no se encuentra reglamentada, que parte de la jurisprudencia sostiene que debe llevarse a cabo en el mismo proceso penal, y otra parte sostiene que sería por vía de amparo.

Aparentemente, habría acuerdo en relación a que la búsqueda de la verdad debería hacerse en un contexto procesal; además, como lo señala el autor, desde una óptica punitiva este procedimiento le quita al juez penal su razón de ser para ejercer la jurisdicción, porque a qué tipo de sometimiento procesal o judicial podrá vincular el juez a aquel sujeto del que ya se dispuso y se encuentra firme su sobreseimiento, y en función de la propuesta del tercer voto del caso “Barrientos” agrego por mi cuenta: cómo se podría mantener sujeto al proceso penal a una persona que finalmente se le va a dictar el sobreseimiento, sin violentar todos sus derechos como imputado.

Más adelante el autor advierte que quienes han fallado en favor del derecho a un juicio por la verdad en concreto no han efectuado ninguna mención acerca de qué se pretende conocer con esa vía. En efecto, tanto en el caso que analiza en su artículo, como en el caso “Barrientos” se desconoce para qué se realizaría ese juicio.

En los precedentes “Vera Vera” y “Alban Cornejo” los deudos de las personas fallecidas demandaron porque el Estado no investigó, y entonces no sabían cómo se habían producido esas muertes. Pero en el caso “Barrientos” se trata de una víctima que está viva, identifica a su agresor, describe qué acciones llevó a cabo, cuándo y dónde ocurrieron los hechos.

Como señalamos al principio de este punto, la esencia de los “juicios por la verdad” tiene como finalidad conocer qué pasó, cómo pasó, cuándo, dónde, y por parte de quién se ha producido esa grave violación a los derechos humanos.

Silva Sánchez se pregunta si podría bastar con el proceso y el pronunciamiento de la condena, esto es, si el proceso penal puede considerarse como una reacción jurídico-penal en sí misma, como un instrumento de política criminal. A su entender, la atribución de un hecho delictivo a un sujeto constituye un fin en sí mismo al que le corresponden diversas funciones comunicativas. Para el autor imputado, este proceso contiene el mensaje de que su comportamiento desviado no es una desgracia ni producto del destino, sino que surge de un comportamiento autorresponsable, que es culpa suya. A la víctima se le comunica que ella no tiene responsabilidad alguna en lo sucedido. Y otro tanto se dirige a la sociedad. Y, todo ello, según el autor, refuerza la vigencia de la norma.

Debe aclararse que el autor, al referirse a estos procesos sin pena, tiene en mente delitos de poca monta, por esos concluye del siguiente modo: “el padecimiento del proceso y la declaración en su caso, condenatoria, con la que éste finalice pueden ser suficientes para alcanzar los fines de prevención pretendidos con un recurso limitado a la violencia. Los efectos colaterales del proceso deben ser también tenidos en cuenta”²⁷.

II.6.2. Improcedencia del juicio por la verdad en el caso “Barrientos”

Para agotar el análisis del fallo “Barrientos”, aún resta señalar que la vocal del tercer voto invocando el fallo “Funes”, que remite a su vez a los precedentes de la Corte IDH “Alban

²⁷ Silva Sánchez, Jesús-María, *En busca del derecho penal: esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, B de F, Buenos Aires, 2015.

Cornejo”²⁸ y “Vera Vera”²⁹, sostuvo que la extinción de la acción penal no implicaba desentenderse de la obligación del Estado de asegurar el derecho de las víctimas o sus damnificados a conocer la verdad de los hechos, con prescindencia de que las conductas no encuadren en los denominados delitos de lesa humanidad o bien, no configuren graves violaciones a los derechos humanos.

Ahora bien, como se anticipó en el apartado anterior, en una correcta argumentación judicial, la invocación de los precedentes como argumento de autoridad no debe descuidar la importancia de determinar cuál es el punto de unión con el caso al que se pretende aplicar.

En el caso “Funes”, el Procurador de la Corte invocó lo dicho por la Corte IDH en los precedentes “Alban Cornejo y otros vs. Ecuador” y “Vera Vera vs. Ecuador” justamente porque las circunstancias fácticas, en uno y otros, presentan similitudes con el caso. De allí que resulte posible su aplicación analógica. Pero, como ya hemos explicado, ninguno de esos hechos tienen similitud con los aberrantes hechos dolosos denunciados en la causa “Barrientos”, ni en ninguna causa en la que se investiguen ataques sexuales cometidos contra personas menores de edad.

El hecho que motivó el fallo “Funes” ya fue relatado en el punto II.3.4, por lo que allí remitimos.

El hecho que motivó el fallo “Alban Cornejo” consistió en la muerte de una persona que fue internada con un cuadro de meningitis bacteriana en un hospital privado, al que personal médico le habría aplicado una dosis de morfina que le habría provocado el fallecimiento.

En este caso la Corte IDH en su considerando 171 de la sentencia de fecha 22/11/07 dijo que “la prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores (...) Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del derecho internacional (...) En el presente caso no opera la exclusión de la prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales”.

El otro caso se relaciona con la muerte de Vera Vera. Los hechos se iniciaron el 12/4/93, cuando Pedro Miguel Vera Vera, de 20 años de edad, fue detenido por miembros de la Policía

²⁸ Corte IDH, 11/5/07, “Alban Cornejo y otros vs. Ecuador”.

²⁹ Corte IDH, 23/10/12, “Vera Vera y otros vs. Ecuador”.

Nacional de la ciudad de Santo Domingo de los Colorados. Antes de su detención había sido perseguido por un grupo de personas, quienes aparentemente lo acusaban de haber cometido asalto y robo a mano armada.

Al detenerlo, los policías notaron que Pedro Miguel Vera Vera presentaba una herida de bala a la altura del pecho en el costado izquierdo. Lo trasladaron en taxi al Cuartel de Policía de la ciudad. Luego de ser registrado en dicho lugar, ese mismo día fue llevado al Hospital Regional de Santo Domingo de los Colorados, donde fue dado de alta al día siguiente. El 13 de abril de 1993 fue trasladado al Centro de Detención Provisional de Santo Domingo de los Colorados, lugar donde permaneció hasta el 17 de abril. Debido a las complicaciones de la herida de bala que presentaba, fue trasladado nuevamente al Hospital Regional de Santo Domingo de los Colorados. El 22 de abril fue llevado al Hospital Eugenio Espejo de Quito, lugar donde falleció al día siguiente.

En la sentencia de fecha 19 de mayo de 2011, considerando 226, la Corte IDH precisó que “toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza (...) Sin embargo, ello no debe confundirse con lo que el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha considerado como violaciones graves a los derechos humanos, las cuales (...) tienen una connotación y consecuencias propias. Aceptar lo señalado por la Comisión en el sentido de que por sus características el presente caso reviste una gravedad por la cual no sería procedente la prescripción implicaría que en todo caso sometido a la Corte, por tratarse de violaciones de derechos humanos que, en sí mismas, implican gravedad, no procedería dicho instituto procesal. Ello no se ajusta a los criterios precisados por este Tribunal en cuanto a la improcedencia de la prescripción”. Finalmente concluyó que “el Estado debe satisfacer, de alguna manera, como medida complementaria de satisfacción a las establecidas en esta Sentencia, dicha expectativa mínima, informando al Tribunal de las gestiones que realice y los resultados que obtenga”, es decir, en este caso la Corte ordenó que se determine lo sucedido.

Como puede verse, en estos dos últimos casos las muertes se produjeron a causa de negligencias médicas, y más allá de la gravedad de los hechos y lo lamentable de ambas muertes, en ninguno de los dos casos se pudieron establecer torturas, malos tratos, o algún otro delito de los que se encuentran tipificados en las distintas Convenciones de Derechos Humanos.

A esta conclusión llegó también el Dr. Casal en su dictamen en el caso “Funes” cuando señala que: “Lo descripto en el apartado que antecede permite concluir que las ‘condiciones de vigencia’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contemplan la aplicación

de la excepcional regla de la imprescriptibilidad para cualquier delito, aun cuando se ha reconocido que en sí todo delito supone una violación de cierta gravedad de los derechos humanos. Es pertinente puntualizar, dado el carácter ‘culposo’ del hecho inicial de autos, que ese criterio restrictivo ha sido utilizado en casos referidos a negligencia médica en hospitales (público o privado), con resultado fatal o no, e incluso respecto de una víctima que falleció estando privada de su libertad bajo custodia estatal (conf. casos ‘Albán Cornejo’, ‘Vera Vera’ y ‘Suárez Peralta’).

De lo expuesto se infiere que los juicios por la verdad no resultan aplicables en los casos de delitos tan graves como los denunciados en la causa “Barrientos”, porque no se trata de delitos comunes, sino de graves violaciones a los derechos humanos, y en consecuencia, el Estado tiene la obligación de investigar, juzgar y sancionar, para evitar que vuelvan a repetirse, y no basta con la mera averiguación de la verdad.

No se trata aquí de estar a favor o en contra de los juicios por la verdad, sino de establecer si resultan el conducto adecuado en supuestos como los del caso “Barrientos”. Y, como ha quedado claro, la solución que postula la vocal del tercer voto no se corresponde con la gravedad de los hechos denunciados, que indica que el caso debería encuadrarse en la categoría de graves violaciones a los derechos humanos, y menos aún pareciera adecuada para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima quien, vale aclarar, no denunció para ejercer su derecho a que se determine la verdad de los hechos, sino para ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia.

III. Conclusión

En la tensión entre el instituto de la prescripción de la acción penal y el principio de legalidad subyace una aparente colisión entre la norma de derecho interno vigente al momento de los hechos y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, concretamente la *CDN*, la Convención de Belém do Pará y también la *CADH*. Esta aparente tensión se resuelve al ponderar el principio del “interés superior del niño” que tiene exactamente el mismo rango constitucional que el principio de legalidad, aunque a pesar de casi treinta años de incorporado a la *CN*, pareciera que no se logra comprender.

Y como la incorporación de las Convenciones a nuestro ordenamiento trajo consigo la obligación de velar por que sus efectos no se vean mermados por la aplicación de la legislación local, es deber de todos los jueces ejercer este control de convencionalidad y asegurar el derecho a una tutela judicial efectiva a quien era menor de edad al momento de los hechos, para que pueda impulsar la acción penal una vez que cuente con la madurez y las condiciones subjetivas que se necesitan para poder llevarla a cabo.

Y es la misma Convención de los Derechos del Niño —en su art. 3º—, mediante el principio del “interés superior del niño” la que resuelve la aparente tensión entre los derechos de la víctima y los derechos del imputado, e impone el deber de tomar partido, de manera ineludible, por la solución que mejor resguarde los derechos humanos de quien al momento de los hechos era menor de edad.

Entender estos hechos como graves violaciones a los derechos humanos se presenta como la solución que mejor se adecúa a los mandatos convencionales porque equilibra la evidente situación de desventaja que siempre se va a dar entre un niño o niña y su agresor.

Establecer un criterio objetivo como el que aquí se propone para distinguir las graves violaciones a los derechos humanos de los delitos limita el ámbito de discrecionalidad judicial y evitaría que tan trascendente decisión quede librada al albur del “caso a caso”.

Para finalizar, voy a tomar prestada la cita de María Luisa Pique con la que finaliza su artículo Dolores Romero Díaz: “La ausencia de normas claras genera que algunas víctimas de abusos anteriores a 2011 logren un juicio de verdad, otras un juicio por la verdad y a otras se les cierra la puerta en la cara. Depende de la provincia donde hayan ocurrido los hechos y del juzgado que toque por reparto. Estamos pues ante una desigualdad ante la ley. La Corte

Suprema tiene varios casos para resolver sobre este tema. Muchos son recursos de fiscales y de víctimas en los que se impugnan decisiones que cerraron las investigaciones por prescripción. Su intervención puede llegar a emparejar estas respuestas desparejas y asegurar que las víctimas reciban una respuesta reparatoria por parte de la justicia, porque por más tiempo que haya pasado, como dijo Mailín (víctima), ‘las secuelas de una violación no prescriben ni en el cuerpo ni en el alma’”.

Índice bibliográfico

• Obras:

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducido por Atienza Manuel e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducido por Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Atienza Rodríguez, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

Atienza Rodríguez, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

Beloff, Mary, *Derechos del niño: su protección especial en el sistema interamericano: análisis sistemático de fallos fundamentales*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

D'Alessio, Andrés J. (dir.) - Divito, Mauro A. (coord.), *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

Datsira Evers, Maximiliano F. J., *Actualidad en materia de prescripción en causas de abuso sexual en menores y los juicios por la verdad. A raíz del reciente fallo "E. E. C."*, en "Derecho Penal y Criminología", nº 7, año XII, La Ley, Buenos Aires, 2022.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, traducido por Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

Gargarella, Roberto - Guidi, Sebastián (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II.

Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

Gelli, María Angélica, *Orden público En el derecho constitucional*, en "Revista La Ley", miércoles 11/11/15.

Gil Gil, Alicia, *La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de derecho penal internacional y el uso defectuosos de la jurisprudencia ajena*, disponible en www.indret.com/pdf/1254.pdf.

Grajales, Amós Arturo - Negri, Nicolás Jorge, *Argumentación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2014.

Grajales, Amós Arturo - Negri, Nicolás Jorge, *Sobre la argumentación jurídica y sus teorías*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2018.

- Intebi, Irene V., *Abuso sexual infantil en las mejores familias*, Granica, Buenos Aires, 1998.
- Romero Díaz, Dolores, “Cuestionamientos a la aplicación de la prescripción penal en determinados delitos”, en Tarditti, Aída - Monasterolo, Natalia (dirs.), *Género y derecho penal: debates actuales en la parte general*, Ediciones Lerner, Córdoba, 2022.
- Silva Sánchez, Jesús-María, *En busca del derecho penal: esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, B de F, Buenos Aires, 2015.
- Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1987.
- Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional*, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2015.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

• ***Jurisprudencia***

- Corte IDH, 14/3/01, “Barrios Altos vs. Perú”, en www.corteidh.or.cr/casos_sentencia.cfm.
- Corte IDH, 18/9/03, “Bulacio vs. Argentina”, en www.corteidh.or.cr/casos_sentencia.cfm.
- Corte IDH, 11/5/07, “Alban Cornejo y otros vs. Ecuador”, en www.corteidh.or.cr/casos_sentencia.cfm.
- Corte IDH, 11/5/07, “Bueno Alves vs. Argentina”, en www.corteidh.or.cr/casos_sentencia.cfm.
- Corte IDH, 18/11/10, “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, en www.corteidh.or.cr/casos_sentencia.cfm.
- Corte IDH, 23/10/12, “Vera Vera y otros vs. Ecuador”, en www.corteidh.or.cr/casos_sentencia.cfm.
- Corte IDH, 8/3/18, “V. P. R. y otros vs. Nicaragua”, en www.corteidh.or.cr/casos_sentencia.cfm.
- CSJN, “Simon, Julio”, *Fallos*, 328:2056 (2005).
- CSJN, “Funes, Gustavo Javier y otros”, *Fallos*, 327:3312 (2014).
- STJER, “I., J. J. - Promoción a la corrupción de menores agravada por ser encargado de la educación y abuso deshonesto agravado por ser encargado de la educación s/Impugnación extraordinaria”, expte. n° 4891.

STJER, “Ríos, Carlos Antonio - Abuso sexual gravemente ultrajante agravado en concurso real s/Impugnación extraordinaria”, expte. n° 4758.

STJER, “Barrientos, Victoriano Julio - Abuso sexual con acceso carnal - Recurso de casación - Apelación denegada - Inconstitucionalidad - Prescripción s/Impugnación extraordinaria”, expte. n° 5229.

STJER, “Rivas, Gustavo - Promoción a la corrupción de un menor, promoción a la prostitución de un menor de 18 años de edad reiterada s/Impugnación extraordinaria”, expte. n° 5178.

Cám. Casación Entre Ríos, “Mónaco, H. D. s/Abuso sexual con acceso carnal agravado s/Recurso de casación”.

Cám. Casación Entre Ríos, “Ríos, Carlos Antonio - Abuso sexual gravemente ultrajante agravado en concurso real s/Recurso de casación”, sent. n° 173.